

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels

Nihoul, Marc

*Published in:*  
A.P.T.

*Publication date:*  
2016

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2016, 'Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels: entre acharnement thérapeutique et soin palliatif', *A.P.T.*, Numéro 3, p. 274-303.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# LE MAINTIEN D'EFFET(S) DE L'ACTE ANNULÉ ÉTENDU AUX ACTES ADMINISTRATIFS INDIVIDUELS : ENTRE ACHARNEMENT THÉRAPEUTIQUE ET SOIN PALLIATIF

par

Marc NIHOUL\*

Professeur ordinaire à l'UNamur (centre de recherches Vulnérabilités et Sociétés)  
Avocat au Barreau du Brabant wallon

I. INTRODUCTION.....	274
II. QUI ?.....	281
III. QUELS ACTES ?.....	282
IV. DANS QUELS CAS ET À QUELLES CONDITIONS ? .....	284
V. QUAND ET SELON QUELLES MODALITÉS ? .....	289
VI. AVEC QUELLE PORTÉE ?.....	292
VII. CONCLUSION.....	302

## I. INTRODUCTION

1. Plusieurs **expressions** sont utilisées pour décrire le mécanisme juridique étudié : le maintien des effets d'un acte annulé ou en dépit de son annulation<sup>1</sup>, la limitation dans le temps des effets des arrêts d'annulation, la modulation dans le temps de l'effet des arrêts<sup>2</sup> ou de la rétroactivité de l'annulation<sup>3</sup>, l'ajournement de la perte de force obligatoire de l'acte national<sup>4</sup>... Au sens des

lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973, il convient de retenir, semble-t-il, la formule du « maintien d'effet(s) de l'acte annulé » dès lors que ledit maintien peut être partiel ou complet et provisoire ou définitif.

2. Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé est apparu en législation administrative belge avec l'article 10 de la loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. À l'époque, le texte ne concernait que les règlements<sup>5</sup> (et l'ensemble des actes indivi-

\* L'auteur tient à remercier chaleureusement R. van Melsen pour sa relecture attentive et ses observations enrichissantes.

<sup>1</sup> S.L.C.E., avis n° 53.317/AG, du 11 juin 2013 sur un avant-projet de loi « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État », *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 97 : pour la facilité de la lecture, cette mesure sera qualifiée ci-après le « maintien des effets ». L'expression est également répandue en doctrine. Voy. les références reprises ci-dessous, note 5. Elle est également retenue et utilisée par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts cités ci-dessous.

<sup>2</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 5, pt 5, et p. 39. *Adde ibid.*, n° 5-2277/3, p. 11.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 5-2277/3, pp. 11 et 29.

Voy. par exemple, la modulation de la portée des effets rétroactifs attachés à l'arrêt d'annulation : C.E., *Deminne*, n° 205.921, 28 juin 2010 ; C.E., *asbl Association des juristes des administrations wallonnes et crts*, n° 222.164, 22 janvier 2013 ; C.E., *Genot*, n° 231.345, 26 mai 2015 ; C.E., *Pevenage*, n° 231.343, 26 mai 2015 ; C.E., *Duchene*, n° 231.346, 26 mai 2015 ; C.E., *Delepine*, n° 231.344, 26 mai 2015 ; C.E., *Defays*, n° 231.342, 26 mai 2015. La dérogation au principe de l'effet rétroactif d'une annulation : C.E., *Jaspard*, n° 230.785, 3 avril 2015. Plus simplement la modulation de la portée rétroactive de l'annulation, J. SOHIER, *Manuel des procédures devant le Conseil d'État*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 109, n° 186. Pourtant, l'effet ultérieur de l'annulation est aussi potentiellement concerné. Nous y reviendrons dans les lignes qui suivent.

<sup>4</sup> C.J.U.E., *Filipiak*, C-314/08, 19 novembre 2009, pt 85. L'expression relance ainsi la délicate distinction entre les forces obligatoire, exécutoire

et probante de l'acte sur laquelle nous ne reviendrons pas à ce stade tout en observant qu'*a priori* et à défaut pour le texte de loi de prévoir une distinction à ce sujet, tout effet de l'acte est susceptible d'être visé. Voy. à cet égard M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Charte, 2001, pp. 157-182. La question reviendra cependant ci-dessous, n° 41.

<sup>5</sup> Sur le mécanisme avant sa réforme, voy. R. ANDERSEN, « La modulation dans le temps des effets des arrêts d'annulation du Conseil d'État », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber Amicorum Michel Melchior*, Bruxelles, Anthémis, 2010, pp. 381-395 ; M. NIHOUL, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme de construction massive" dans les mains du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle ? Concernant le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier », *A.P.T.*, 2012, pp. 405-413 ; N. BONBLED, H. BORTELS, Th. DREIER, V. OST et Fr. TULKENS, « La sanction juridictionnelle de l'illégalité en droit public », in *La flexibilité des sanctions. XXI<sup>e</sup> journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 252-255 et 258-261 ; Fr. TULKENS, « Réflexions à partir de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État » et J. BOURTEMBOURG, « L'annulation aux effets les plus étendus : quand l'annulation totale ne résout pas tout », *Publicum*, n° 14, novembre 2012, resp. pp. 2-15 et pp. 15-21 ; Fr. TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.*, 2012, pp. 737-743 ; A. FEYT et Fr. TULKENS, « L'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel ou le juge administratif sur les questions de responsabilité », *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, UB<sup>3</sup>,

duels pris en exécution de ceux-ci<sup>6</sup>) et il trouvait clairement sa source d'inspiration dans la même compétence dévolue à la Cour constitutionnelle en ce qui concerne les actes législatifs<sup>7</sup>, elle-même inspirée du droit de l'Union européenne<sup>8</sup>.

Par l'article 3 de la loi 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, la portée de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État a été étendue aux actes individuels<sup>9</sup>. Le texte n'a pas subi de modification fondamentale sur le

fond, mais bien sur la forme et la procédure dès lors que le législateur a profité de l'occasion pour assortir le mécanisme de plusieurs garanties. L'usage des caractères italiques permet de souligner l'ampleur de la réforme à cet égard dans l'extrait suivant.

« À la demande d'une partie adverse ou intervenante, et si la section du contentieux administratif l'estime nécessaire, elle indique *ceux des effets des actes individuels annulés ou*, par voie de disposition générale, *ceux des effets des règlements annulés*, qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.

*La mesure visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de la légalité, par une décision spécialement motivée sur ce point et après un débat contradictoire. Cette décision peut tenir compte des intérêts des tiers ».*

L'idée était clairement de s'inscrire dans la continuité de ce que la loi prévoyait en matière réglementaire comme l'attestent notamment les références à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle y afférente, qui a servi de guide au législateur<sup>10</sup>. En même temps, celui-ci a voulu garantir le caractère exceptionnel du mécanisme par une série de limites et formalités expressément reprises dans le texte même de la disposition. Ces garanties ont été voulues parce que le mécanisme était étendu aux actes individuels bien qu'elles visent également les actes réglementaires et malgré qu'aucun abus n'ait été constaté.

3. Le nouvel article 14<sup>ter</sup> est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2014, conformément à l'article 39 de la loi 20 janvier 2014, lequel confiait au Gouvernement le soin de fixer une date au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2014, ce qui fut fait par l'article 51, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 28 janvier 2014 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, pour tout recours ou demande accessoire, concomitante ou postérieure introduit à compter de cette date. Il en résulte, par exemple, que le Conseil d'État ne peut avoir égard ni ordonner le maintien d'effet(s) dans le cadre d'un recours en annulation introduit le 7 janvier 2013<sup>11</sup> ou le 18 novembre 2013<sup>12</sup> à l'encontre d'une décision individuelle<sup>13</sup>. Il ne le peut que pour les recours introduits à partir du

Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 93-115 ; D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, « Variations sur la réforme du Conseil d'État : du mandat *ad litem* aux dépens, en passant par quelques accessoires autour du pouvoir d'annuler », in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *Droit administratif et contentieux*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 138-148 ; J. THEUNIS, « Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State », in M. VAN DAMME (dir.), *De hervorming van de Raad van State*, Administratieve rechtsbibliotheek, Bruges, Die Keure, 2014, pp. 95-109 ; P. NIHOUL, « La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État belge », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 1301-1307.

<sup>6</sup> Projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-1996, n° 644/4, pp. 6-7. Les actes adoptés sur son fondement ne peuvent être réputés dépourvus de base légale (C.E., n° 75.712, *Ville de Wavre*, 10 septembre 1998 ; C.E., *Evrard*, n° 93.800, 8 mars 2001).

<sup>7</sup> L'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dispose que « [s]i la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ». En dépit de l'absence de texte lui conférant un tel pouvoir, le pouvoir judiciaire utilise exceptionnellement le maintien d'effet(s) au nom des principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Il conviendrait de réformer le Code judiciaire dans ce sens pour baliser la prérogative dans son chef, spécialement en ce qui concerne les compétences d'annulation ou de contrôle des actes des régulateurs de certains secteurs de l'économie. Voy. sur ce point ci-dessous, n° 8.

La littérature est abondante concernant le mécanisme en général sachant que la présente contribution est limitée à la réforme de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État en 2014 et ses premières applications éventuelles. Voy. spéc. la récente thèse de doctorat de S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht in het publiek en privaats procesrecht : nieuwe ontwikkelingen aangaande de werking in de tijd van vonnissen en arresten*, Antwerpen, Intersentia, 2015. Voy. aussi S. VERSTRAELEN, « De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht : wanneer de wetgever zelf richtlijnen geeft », *R.W.*, 2014-15, n° 20, pp. 763-778 (pour qui la modulation des effets de la décision de justice est inhérente à la fonction juridictionnelle et ne requerrait aucune base légale notamment pour le pouvoir judiciaire : p. 767, n°s 13-14).

<sup>8</sup> J. THEUNIS, « Tussen wetigheid en rechtzekerheid : het laten voortbestaan van onwetigheden in het licht van het Europese recht », in A. ALLEN et J. THEUNIS (dir.), *De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3, Bruges, Die Keure, 2012, pp. 381-500.

<sup>9</sup> Sur le mécanisme réformé et étendu aux actes individuels au 1<sup>er</sup> février 2016, voy. J. BOURTEMBOURG, « Les attentes et la réforme, réflexions sur les équilibres », *Publicum*, 2013, n° 15, n° 6, p. 35 ; S. LUST, « De Raad van State hervormd ? Een eerste verkenning van enkele hervormingsvoorstellen », *R.A.B.G.*, 2013, p. 894 ; D. RENDERS et B. GORS, « À propos de la boucle administrative et du maintien des effets des actes annulés », *Publicum*, « Quelles réformes pour quel Conseil d'État ? », n° 15, 2013, pp. 28-31 ; Ch. STORCK, « De quelques perplexités d'un juge de l'ordre judiciaire », *Publicum*, 2013, n° 15, pp. 21-22, n° 12 ; R. ANDERSEN, « Enjeux et défis du Conseil d'État belge », in *Réforme de la procédure administrative : quo vadis ?*, Bruxelles, Larcier, 2014, n°s 31-32, pp. 36-37 ; J. BOURTEMBOURG, « De la boucle et quelques autres nouveautés », *La Tribune*, La réforme de la procédure devant le Conseil d'État, 28 février 2014, n°s 5-11 ; A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, pp. 116-124 ; J. SOHIER, *Manuel des procédures devant le Conseil d'État*, Waterloo, Kluwer, 2014, n° 186, pp. 109-110 ; J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, pp. 110-124, E. BREWAEYS, « Raad van State. Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 1 », *NjW*, 2014, n°s 12-13, pp. 430-431 ; S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2014-15, n° 20, pp. 763-778 ; D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, pp. 149-165 ; B. GORS et L. VANSNICK, « L'application de la réforme du Conseil d'État au contentieux de l'environnement et de l'urbanisme », in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, n°s 108-115, pp. 592-597 et n° 129, pp. 603-604 ;

<sup>10</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 5.

<sup>11</sup> C.E., *NV Sagevas*, n° 227.232, 29 avril 2014.

<sup>12</sup> C.E., *BVBA Automatic Spraying Systems*, n° 229.190, 18 novembre 2014.

<sup>13</sup> Rem. cependant C.E., *Roemen*, n° 227.749, 19 juin 2014, impl. s'agissant d'une requête introduite le 11 octobre 2012 à l'encontre d'une sanction disciplinaire avec demande d'application de l'article 14<sup>ter</sup> formulée par la partie adverse dans son dernier mémoire et rejetée pour un autre motif.

1<sup>er</sup> mars 2014 et c'est ce qui explique probablement en partie pourquoi le Conseil d'État n'a guère eu l'occasion d'en faire application depuis la réforme à l'égard de décisions individuelles, indépendamment du caractère exceptionnel, par définition, du mécanisme<sup>14</sup>.

4. Le texte précédent visait « ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulés »<sup>15</sup> alors que désormais il concerne « ceux des effets des règlements annulés ». Littéralement, cette modification pourrait signifier que désormais le règlement dans son entier doit être annulé pour que le maintien d'effet(s) puisse être décidé. Le même raisonnement pourrait être tenu en ce qui concerne l'acte individuel lorsque celui-ci contient plusieurs dispositions en son sein en présence de la même formule le concernant. Les travaux préparatoires ne révèlent cependant aucune intention dans ce sens et il serait peu cohérent de réserver le maintien d'effet(s) aux annulations complètes d'un acte, alors que certains recours portent seulement sur certaines dispositions. Aucun motif ne paraît pouvoir justifier une telle interprétation qui serait par ailleurs discriminatoire.

Il convient de se réjouir, en revanche, du vocabulaire utilisé par le législateur qui distingue désormais à l'article 14<sup>ter</sup> les actes individuels des règlements parmi les actes administratifs unilatéraux. Il ne le fait toujours pas à l'article 14 des mêmes lois coordonnées – qui vise de manière imprécise « les actes et règlements », comme si les règlements n'étaient pas des actes – avec les méprises que cela a pu et peut encore engendrer<sup>16</sup> depuis lors.

5. Le texte met lui-même en lumière les trois objections principales qui pouvaient être opposées à la mesure.

Premièrement, elle porte atteinte au principe de légalité. Le texte le reconnaît expressément. La légalité voudrait que l'illégalité disparaisse depuis toujours et à tout jamais. La sécurité juridique plaide cependant pour le maintien d'effet(s).

Deuxièmement, elle malmène la séparation des pouvoirs en ce qu'elle habilite la section du contentieux administratif du Conseil d'État à procéder par voie de disposition générale en matière réglementaire alors que le juge n'est en principe que la bouche de la loi, qu'il ne peut se substituer à l'administration et que l'interprétation qu'il fait des textes en vigueur est par définition rétroactive. À ce titre, elle déroge à l'article 6 du Code judi-

ciaire qui interdit expressément les arrêts de règlement, à un niveau moins élevé de la hiérarchie des normes que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Il n'est cependant pas acquis que ladite disposition ait pour vocation à s'appliquer telle quelle au Conseil d'État<sup>17</sup> et elle est susceptible de souffrir des exceptions pourvu qu'elles soient établies par un texte de même valeur, ce qui est le cas de l'article 14<sup>ter</sup> au demeurant plus récent.

Troisièmement, elle déroge au principe même de l'annulation, et notamment au principe de l'effet rétroactif inhérent à l'annulation<sup>18</sup> lorsque le maintien décidé revêt cette portée. Il s'agit, le cas échéant, d'une « procédure dérogatoire » mobilisable pour les situations dans lesquelles « [l]e caractère rétroactif d'un arrêt d'annulation peut avoir des conséquences disproportionnées ou mettre en péril notamment la sécurité juridique, dans certaines circonstances »<sup>19</sup>. L'effet rétroactif n'est toutefois que l'un des aspects de l'annulation auxquels il peut être dérogé. Il s'agit en effet de « limiter les effets d'un arrêt d'annulation, par exemple en ne conférant pas d'effet rétroactif à l'annulation »<sup>20</sup>.

6. Dès sa première version à l'époque réservée aux actes réglementaires, le dispositif n'a pas fait l'unanimité en doctrine. Il a été contesté à plusieurs reprises devant la Cour constitutionnelle dont la réponse bienveillante était toutefois prévisible puisqu'elle partage avec le Conseil d'État les plaisirs du contentieux objectif<sup>21</sup> avec la même prérogative en partie auto-proclamée. Il y avait pourtant – et il y a toujours – une différence de taille entre les deux contextes juridictionnels : l'article 159 de la Constitution, applicable aux actes

<sup>17</sup> L'on connaît en effet la réticence chronique du Conseil d'État à appliquer telles quelles les dispositions du Code judiciaire à sa procédure bien qu'elles constituent le droit commun en la matière.

<sup>18</sup> C.E., *s.a. Sagevas et crts*, n° 231.158, 7 mai 2015 : « seules des circonstances exceptionnelles peuvent éventuellement justifier qu'il soit dérogé à la règle normale qui veut que l'annulation soit rétroactive ».

Il arrive que la violation de l'article 14<sup>ter</sup> soit invoquée avec le principe de non rétroactivité en cas de décision administrative rétroactive : C.E., *Badot*, n° 226.904, 27 mars 2014 ; C.E., *Badot*, n° 227.914, 26 juin 2014.

<sup>19</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 5.

<sup>20</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 53-3233/004, p. 11. Nous soulignons.

<sup>21</sup> Rem. R. ANDERSEN, *op. cit.*, 2010, p. 381, n° 1-2 : « [L]es vertus de sagesse et de prudence qui sont traditionnellement associées à l'office du juge s'imposent avec une évidence encore plus grande aux juges chargés de contrôler la constitutionnalité des lois et la légalité des actes administratifs. Prononcer l'annulation d'une loi ou d'un acte à caractère réglementaire est un pouvoir redoutable qui ne saurait être mis entre toutes les mains ; le pouvoir doit être centralisé et exercé avec discernement en ayant conscience de tous les effets directs et indirects qu'une telle annulation peut entraîner ». En pratique, l'on constate que le maintien d'effet(s) n'est jamais cantonné au contentieux de l'annulation et qu'il est étendu en jurisprudence au contentieux préjudiciel ou au contrôle incident en manière telle qu'il ne peut être réservé aux juges du contentieux objectif dans le contexte d'un contrôle diffus de légalité des actes administratifs et de conformité aux règles internationales. Il faut observer, en outre, que les décisions de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État ne sont susceptibles d'aucun recours interne sur ce point, ni en appel ni en cassation.

<sup>14</sup> Rapp. D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, p. 155, n° 70. Trois arrêts ont été recensés au moment de corriger les épreuves et intégrés dans la présente contribution : C.E., *Malice*, n° 234.748, 17 mai 2016 ; C.E., *Timperman-Schonberg et crt*, n° 234.449, 20 avril 2016 ; C.E., *Herbrand*, n° 235.378, 7 juillet 2016.

<sup>15</sup> À l'instar de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

<sup>16</sup> M. NIHOUL, « Les affaires de la législation en matière d'"autorité administrative" et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, pp. 71-73.



administratifs exclusivement et donc seulement au contentieux administratif, à l'exclusion du contentieux législatif. Or, l'article 159 de la Constitution imposait une réforme constitutionnelle préalable et empêchait, dans l'intervalle, une simple intervention législative pour établir le maintien d'effet(s), conformément il est vrai au principe fondamental de la hiérarchie des normes, consubstantiel à l'État de droit. Le maintien d'effet(s) empêche en effet le justiciable d'obtenir que les cours et tribunaux écartent l'application d'un arrêté réglementaire annulé par le Conseil d'État lorsque les effets concernés ont été maintenus, alors qu'une telle faculté est ouverte au justiciable lorsqu'il n'a pas été fait application de l'article 14<sup>ter</sup> en application de l'article 159 de la Constitution<sup>22</sup>. L'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées méconnaît donc l'article 159 de la Constitution. La même erreur avait été commise lors de la création du Conseil d'État par simple loi, au lendemain de la seconde guerre mondiale, sans révision de l'article 144 de la Constitution avec toutes les difficultés qui en ont découlé depuis, au détriment de la cohérence globale du droit administratif. Nonobstant, la Cour constitutionnelle a décrété la constitutionnalité du mécanisme sans oser affirmer explicitement l'inhérence du maintien d'effet(s) à la fonction juridictionnelle. C'est au nom de l'existence constitutionnelle du Conseil d'État<sup>23</sup> et du principe de la sécurité juridique de valeur internationale que le dispositif de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État a été jugé conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination<sup>24</sup> et au droit pour toutes personnes se trouvant dans la même situation d'être jugées selon les mêmes règles en ce qui concerne la compétence et la procédure<sup>25</sup> combinés avec l'article 159 de la Constitution. Ce faisant, la Cour livrait en réalité une véritable « arme de construction massive » aux mains du législateur et des juges (en ce compris elle-même), à tout le moins un permis de ne pas respecter l'article 159 de la Constitution voire toute autre disposition constitutionnelle susceptible de contraindre celui-ci dans l'organisation du Conseil d'État (dont au premier titre l'article 144 de la Constitution)<sup>26</sup>. Selon la Cour, « en adoptant la disposition en cause, le législateur a instauré un juste équilibre entre l'importance de remédier à

chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées »<sup>27</sup>.

Il faut dire que le principe même du maintien d'effet(s) malmène non seulement le principe de légalité, la séparation des pouvoirs et le principe de l'annulation, mais aussi le principe d'égalité, le droit à un procès équitable et d'une certaine manière le principe de sécurité juridique lui-même qui concerne l'État de droit dans son ensemble et vise aussi les mécanismes de contestation. Dans ce contexte, il était essentiel de respecter à tout le moins la hiérarchie des normes et de ne pas se limiter à « faire comme on a toujours fait » en jurisprudence, avec la théorie du fonctionnaire de fait, celle du service fait, celle du maintien des droits acquis ou de l'intangibilité des actes individuels définitifs<sup>28</sup> qui participent du même esprit selon des modalités distinctes<sup>29</sup>. Cette considération liminaire mais essentielle ne prive toutefois nullement le maintien d'effet(s) de son utilité incontestable et de son intérêt thérapeutique manifeste dans certains cas exceptionnels. Elle vise seulement à rappeler que, pour l'établir, il eût fallu respecter les formes requises, sous peine de verser dans l'anarchie, à l'exact opposé de l'État de droit.

7. L'extension du maintien d'effet(s) aux actes individuels est l'un des outils de la « réforme qualitative » briguée par le Conseil d'État, souhaitée par le Gouvernement et inspirée du droit néerlandais<sup>30</sup> pour permettre au Conseil d'État « d'assurer au mieux ses missions (...) juridictionnelles »<sup>31</sup> en prononçant des arrêts ordonnant d'autres mesures que l'annulation pure et simple en permettant de distinguer différents types d'illégalité. Il s'agit en l'occurrence de tempérer les effets de l'annulation en maintenant des effets de l'acte annulé alors que, dans un autre cas, il s'agit au contraire de renforcer ceux-ci par le pouvoir d'injonction.

Il faut préciser que le Conseil d'État n'avait pas attendu la réforme pour décider très exceptionnellement d'un tel maintien en présence d'un acte individuel alors que les lois coordonnées réservaient le procédé aux actes réglementaires<sup>32</sup>. Il l'a fait à deux reprises en matière d'enseignement,

<sup>22</sup> Voy. C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.1. C'est cette interprétation de l'article 14<sup>ter</sup> qui était contestée mais a été validée par la Cour.

<sup>23</sup> Article 160 de la Constitution.

<sup>24</sup> Articles 10 et 11 de la Constitution.

<sup>25</sup> Article 13 de la Constitution, lequel se contente d'imposer en réalité que la compétence soit réglée par la loi, en laissant le législateur libre du choix des règles de compétence et de procédure.

<sup>26</sup> Voy. sur cette question M. NIHOUL, *op. cit.*, A.P.T., 2012, pp. 405-413 : « [l]a sécurité juridique pourrait avoir des "vertus" que la Cour constitutionnelle ne soupçonne pas » (p. 413).

<sup>27</sup> C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.9.4. Jurisprudence constante par la suite, voy. C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.1.

<sup>28</sup> Lorsque l'acte illégal ne peut plus être attaqué devant le Conseil d'État ni retiré par l'autorité administrative. Ou encore lorsque le délai de prescription judiciaire est écoulé.

<sup>29</sup> Dans un souci de « sécurité juridique », il arrive encore que le Conseil d'État étende d'office le recours – et donc le bénéfice de l'annulation – à des actes pourtant non attaqués, pour les besoins de la cause. Voy. récemment C.E., *Sabbatini*, n° 231.186, 12 mai 2015.

<sup>30</sup> Projet de loi, Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/3, p. 23.

<sup>31</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, pp. 2-3 ; Rapport, n° 5-2277/3, pp. 25-26.

<sup>32</sup> Projet de loi, Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/3, p. 24.

s'agissant de nominations ou affectations de professeurs annulées en fin d'année scolaire, pour des raisons évidentes liées à la continuité du service public et l'intérêt des élèves<sup>33</sup>.

Plusieurs juridictions internationales ou internes s'étaient également servies par elles-mêmes au nom de la sécurité juridique et de la légitime confiance<sup>34</sup> et notamment la Cour de justice de l'Union européenne<sup>35</sup> ou la Cour constitutionnelle dans le contentieux préjudiciel alors que seul le contentieux de l'annulation est visé par l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale<sup>36</sup>, ou encore la Cour de cassation<sup>37</sup>.

Il eût été préférable, dans un État de droit démocratique, qu'un texte de loi consacre une telle prérogative comme il eût été mieux qu'il le fit dans le respect de la hiérarchie des normes.

8. L'extension aux actes individuels n'a pas vraiment créé la surprise puisqu'elle était programmée dès 1996 au moment d'instaurer la mesure en matière réglementaire, le temps pour

le Conseil d'État de se familiariser avec elle et de procéder à une évaluation. D'évaluation, il n'y en a pas vraiment eu. Mais par un arrêt *Van Simpsen* n° 216.740 du 8 décembre 2011, le Conseil d'État avait officiellement déclaré être suffisamment familiarisé<sup>38</sup> avec le mécanisme en manière telle que la distinction entre les deux catégories d'actes pouvait sembler devenue discriminatoire et qu'une question préjudicielle sur ce point pouvait être posée d'office à la Cour constitutionnelle. Celle-ci s'est cependant bien gardée de forcer la main au législateur, s'employant à justifier que la mesure fût réservée aux actes réglementaires en pointant des arguments convaincants « sans se prononcer sur la constitutionnalité d'une autre option »<sup>39 40</sup>. D'une part, « le risque d'effets disproportionnés d'une annulation est supérieur lorsqu'il s'agit d'une disposition réglementaire qui, par définition, a pour destinataires un nombre indéterminé de personnes »<sup>41</sup>. D'autre part, « en cas d'annulation de nominations du personnel du secteur public (...) la jurisprudence est fixée en ce sens que la plupart des actes du fonctionnaire concerné ne peuvent plus être remis en cause et que l'annulation n'affecte pas non plus le traitement déjà perçu par le fonctionnaire »<sup>42</sup>, conformément aux théories du fonctionnaire de fait et du service fait. Dès le départ, nonobstant, la nécessité de préserver exceptionnellement des situations juridiques acquises est considérée par la Cour, à la suite du législateur, comme pouvant parfaitement se faire sentir à l'égard de décisions individuelles<sup>43</sup>.

En outre, deux propositions de lois prévoyant l'extension étaient déjà à l'examen à la Chambre des représentants<sup>44</sup> et au Sénat<sup>45</sup> au moment du dépôt du projet de loi.

<sup>33</sup> C.E., *Heyndels*, n° 25.424, 31 mai 1985 ; C.E., *Maselyne*, n° 194.015, 9 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 383 et note S. LUST, « Gevolgen van de vernietiging van een individuele beslissing : een nieuwe oplossing voor een oud zeer ». Dans le premier arrêt le Conseil d'État décide de prolonger les effets de l'appareil de droit ayant entraîné jusque-là l'application de la doctrine du fonctionnaire de fait et dispose que « les effets juridiques de l'annulation deviennent opérants le 1<sup>er</sup> octobre 1985 ». Dans le second, il invoque l'intérêt des enfants et le bas âge de ceux-ci pour procéder de la même manière. Dans aucun des deux cas, la compétence du Conseil d'État n'est discutée.

<sup>34</sup> Voy. not. S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2014-15, n° 20, p. 768, n° 15.

<sup>35</sup> Voy. not. R. ANDERSEN, *op. cit.*, 2010, n°s 5-7, pp. 382-384.

<sup>36</sup> C. const., n° 125.2011, 7 juillet 2011, B.6 ; C. const., n° 1/2013, 17 janvier 2013, B.16 ; C. const., n° 3/2013, 17 janvier 2013, B.9 ; C. const., n° 48/2013, 28 mars 2013, B.7 ; C. const., n° 60/2014, 3 avril 2014, B.12-13 ; C. const., n° 67/2014, 24 avril 2014, B.6 ; C. const., n° 185/2014, 18 décembre 2014, B.15-16 ; C. const., n° 169/2015, 26 novembre 2015, B.14-15. La Cour s'est arrogé ce pouvoir contre la volonté du législateur qui avait rejeté un amendement dans ce sens en 2003, au nom de la sécurité juridique notamment. De manière générale, la Cour constitutionnelle fait proportionnellement un usage nettement plus fréquent que le Conseil d'État de la possibilité de maintenir les effets d'actes censurés (voy. A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 107 qui parlent par erreur matérielle de « maintenir les effets de ses arrêts d'annulation »). À noter que le pouvoir concerné ne vise pas des actes individuels.

<sup>37</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2421 : « [j]l appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle. Le juge qui constate ainsi l'application dans le temps de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle, doit tenir compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique » (en l'espèce fonction de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle) ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1406 (formule quasi identique évoquant « l'effet dans le temps » et critère identique). Voy. aussi Mons, 17 juin 2009, *T.F.R.*, 2010, p. 86, note S. DE RAEDT, « Het Grondwettelijk Hof buiten spel gezet in naam van de rechtszekerheid ». Rapp. C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 647, où la Cour du travail fait subtilement sienne la « proposition » faite par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011 de fixer au 8 juillet 2013 les effets de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par l'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 à laquelle conclut la Cour constitutionnelle (alors que la loi spéciale ne l'y autorise pas dans le contentieux préjudiciel). Avec le recul, la Cour de cassation pourrait un jour fonder le « refus de refuser l'application d'un acte administratif » sur les impératifs de sécurité juridique et de confiance légitime. De la dynamite juridique ? Rapp. S. VELU, « La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation : de la dynamite juridique ? », in *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 143-166.

<sup>38</sup> « Intussen is de bedoelde vertrouwdeheid met de nieuwe bevoegdheid een feit ».

<sup>39</sup> C. const., n° 154/2012, 20 décembre 2012, B.7 ; C. const., n° 14/2013, 21 février 2013, B.7 ; C. const., n° 73/2013, 30 mai 2013, B.11 ; C. const., n° 97/2013, 9 juillet 2013, B.12.

À noter que dans les deux derniers arrêts la Cour ne réfère plus seulement à l'option qui avait été envisagée par le législateur dans les travaux préparatoires mais également celle « telle qu'elle peut découler du principe de la sécurité juridique et du principe de confiance », ouvrant vraisemblablement la voie à une construction purement jurisprudentielle. Dans son arrêt n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.2, la Cour reprend toutefois à son compte l'« ancienne » jurisprudence en la citant.

<sup>40</sup> Voy. aussi Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 11.

<sup>41</sup> C. const., n° 154/2012, 20 décembre 2012, B.6 ; C. const., n° 14/2013, 21 février 2013, B.6 ; C. const., n° 73/2013, 30 mai 2013, B.10 ; C. const., n° 97/2013, 9 juillet 2013, B.11. *Adde* C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.2.

<sup>42</sup> C. const., n° 154/2012, 20 décembre 2012, B.7.

<sup>43</sup> *Ibid.*, B.6 ; C. const., n° 14/2013, 21 février 2013, B.6 ; C. const., n° 73/2013, 30 mai 2013, B.10 ; C. const., n° 97/2013, 9 juillet 2013, B.11. *Adde* C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.2.

<sup>44</sup> Proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, déposée par Mme Carina Van Cauter et M. Patrick Dewael, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 53-2583/001.

<sup>45</sup> Proposition de loi modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, déposée par M. Peter Van Rompuy et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2011-2012, n° 5-1579/1.

Les auteurs, quant à eux, estimaient que le point était « plus délicat »<sup>46</sup>, l'application du maintien des effets d'un acte individuel posant inévitablement des questions d'égalité<sup>47</sup>.

À noter que dans la foulée, côté néerlandophone, le Conseil pour les contestations des autorisations et la Cour environnementale de la Région flamande ont été dotés du même pouvoir de maintien d'effet(s) de l'acte administratif annulé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015<sup>48</sup>.

Ne l'a pas (encore) été, en revanche, au niveau fédéral, la Cour d'appel de Bruxelles lorsqu'elle statue au contentieux de pleine juridiction contre les décisions de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG) ou de l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (IBPT) qu'elle peut annuler. Du temps où le Conseil d'État disposait de l'arme thérapeutique à l'égard des dispositions réglementaires exclusivement, la Cour constitutionnelle a considéré, à deux reprises<sup>49</sup>, qu'il n'y avait pas là matière à discrimination dans la mesure où la cour d'appel statue, dans ces matières, uniquement sur des décisions individuelles. En l'absence de réserve expresse destinée à anticiper l'extension de la portée du maintien d'effet(s) aux actes individuels et la portée de celle-ci sur la comparaison des pouvoirs entre le Conseil d'État et la cour d'appel dans ces matières, il n'est désormais pas exclu que la Cour sanctionne la différence de traitement en cas de nouvelle question préjudicielle portant sur la loi relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges ou la loi sur l'électricité. À moins que l'on ne considère que la Cour d'appel puise une telle compétence « hors la loi » dans le principe de la sécurité juridique et dans le principe de confiance directement ? Il s'agit là d'une question que la Cour constitutionnelle a délibérément posé sans y répondre, c'est-à-dire « sans se prononcer »<sup>50</sup>, mais en renvoyant explicitement à la comparaison avec l'arrêt par lequel elle a constaté détenir elle-même le pouvoir convoité au contentieux préjudiciel au nom de la sécurité juridique, de la légitime confiance et du droit comparé<sup>51</sup>. À bon entendre...

9. Lorsque le mécanisme ne visait que les actes réglementaires, il n'était guère assorti de conditions ou modalités. Légalement, il suffisait que le

Conseil d'État estime nécessaire d'y recourir. Au moment de l'étendre aux actes individuels en 2014, le législateur a souhaité prévoir formellement plusieurs garanties formelles ou procédurales contraignantes même si le Conseil d'État n'avait point abusé de ses prérogatives et s'il avait lui-même formulé certaines modalités dans sa jurisprudence. Par ces modalités, néanmoins, « [l]e législateur entend (...) **renforcer les garanties** liées à la mise en œuvre de cette procédure dérogatoire, qui est étendue aux actes individuels »<sup>52</sup> en exigeant une demande de la partie adverse ou intervenante, des circonstances exceptionnelles, un débat contradictoire entre les parties et une décision formellement motivée sur ce point. Ces garanties sont limitatives<sup>53</sup>. D'autres avaient été suggérées mais n'ont pas été retenues, telle la faculté de lever le maintien d'effet(s), en tout ou en partie, après un nouveau débat contradictoire si les conséquences graves justifiant le maintien des effets de l'acte annulé venaient à disparaître<sup>54</sup>. Avec le recul, les garanties fixées par le législateur n'ont pas révolutionné le maintien d'effet(s) des actes administratifs tel qu'il était pratiqué par le Conseil d'État en matière réglementaire. Le maintien d'effet(s) reste exceptionnel, il doit être nécessaire et les intérêts des tiers doivent être pris en compte. La seule différence est que le texte de droit le précise désormais expressément (pour le caractère exceptionnel et les intérêts des tiers), ce qui, pour une mesure liée à la sécurité juridique, était plutôt souhaitable.

La section de législation du Conseil d'État avait exprimé de sérieux doutes quant à l'opportunité de mentionner ces « critères d'octroi » dans la loi<sup>55</sup> pour cinq raisons que l'on peut synthétiser comme suit. Il semble qu'elle n'en voulait pas. Premièrement, l'expérience menée en matière réglementaire avait été concluante. Le Conseil d'État avait fait ses preuves en usant de ce pouvoir « avec sagesse et circonspection »<sup>56</sup> – ce que la Cour constitutionnelle n'avait pas manqué de cautionner à plusieurs reprises dans sa jurisprudence<sup>57</sup> – en

<sup>46</sup> Projet de loi, Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 2277/3, p. 10.

<sup>47</sup> D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, p. 150, n° 61 et les références citées.

<sup>48</sup> Voy. l'article 36 du décret de la Communauté flamande du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes, *M.B.*, 1<sup>er</sup> octobre 2014, p. 77633.

<sup>49</sup> C. const., n° 73/2013, 30 mai 2013 et C. const., n° 97/2013, 9 juillet 2013.

<sup>50</sup> C. const., n° 97/2013, 9 juillet 2013, B.7.3.

<sup>51</sup> C. const., n° 125/2011, 7 juillet 2011, B.5.4.

<sup>52</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 5. Renforcer les garanties ne signifie pas nécessairement restreindre l'usage du dispositif pré-existant constaté jusque-là d'autant que la justification de celles-ci est liée à l'extension du dispositif aux mesures individuelles.

<sup>53</sup> S.L.C.E., avis n° 53.317/AG du 11 juin 2013, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 97, *a fortiori*.

<sup>54</sup> D. RENDERS et B. GORS, *op. cit.*, *Publicum*, « Quelles réformes pour quel Conseil d'État ? », n° 15, 2013, p. 31.

<sup>55</sup> Selon elle, « [d]es doutes peuvent surgir sur la nécessité d'énoncer les critères d'octroi du "maintien des effets", alors que tel n'est pas le cas dans le texte actuel de l'article 14ter des lois coordonnées » (*ibid.*).

<sup>56</sup> Voy. S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2014-15, n° 20, n° 22, pp. 769-770 : entre 1996 et avril 2014, le maintien a été demandé 58 fois et obtenu dans 19 cas seulement. Il a été octroyé 86 fois sur 353 arrêts d'annulation par la Cour constitutionnelle entre 1985 et juin 2014.

<sup>57</sup> C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.4 ; C. const., n° 154/2012, 20 décembre 2012, B.3 et B.4 ; C. const., n° 14/2013, 21 février 2013, B.3 ; C. const., n° 73/2013, 30 mai 2013, B.8.



manière telle que ces modalités n'étaient pas justifiées en fait. Elles ne sont d'ailleurs pas prévues par la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle qui, faut-il faire remarquer, ne vise cependant pas les actes individuels. Ne peut-on toutefois reconnaître que personne n'est à l'abri d'un dérapage et que le droit est précisément appelé à anticiper cette situation par l'établissement de formes et de procédures même si aucun abus n'est encore constaté ? Il serait même plutôt critiquable d'attendre le constat d'abus avant d'intervenir par voie législative, les lois de circonstances étant déconseillées par principe.

Deuxièmement, de telles modalités risquaient d'empêcher de manière indue, voire discriminatoire, le recours au procédé dans d'autres hypothèses où il se justifie. Il ne serait pas certain, par exemple, que le critère de la continuité du service public ayant déjà servi par le passé soit couvert par le critère des raisons exceptionnelles. Une telle interprétation serait spécieuse dès lors que le projet de loi précise que la disposition est modifiée afin de s'assurer de l'existence de cette raison ou de celle de la sécurité juridique<sup>58</sup>. Depuis 1996, en outre, une telle occurrence ne semble pas s'être présentée.

Troisièmement, les critères de nécessité et d'exception seraient contradictoires et le second priverait le Conseil d'État de la marge de manœuvre reconnue par le premier, par son caractère limitatif. Le critère d'exception n'est d'ailleurs pas prévu en ce qui concerne la Cour constitutionnelle. Ce n'est pas inexact sachant que les deux critères doivent être combinés. Ainsi, une raison exceptionnelle ne rend pas la mesure nécessaire pour autant et inversement. Il serait par ailleurs superfétatoire de justifier de « raisons exceptionnelles » alors que la mesure revêt « par nature » un caractère exceptionnel. En même temps, le caractère d'exception avait déjà justifié la mesure en matière réglementaire et le Conseil d'État se targuait lui-même du respect de celui-ci, et continuait à le faire lors des discussions, pour étendre la mesure en matière de décisions individuelles, en manière telle que nous ne comprenons pas vraiment l'objection.

Quatrièmement, il serait préférable de ne pas fixer *a priori* des critères identiques pour les actes individuels et les règlements dès lors que le maintien d'effet(s) est plus sensible dans le premier cas que dans le second, dès lors que les effets des règlements sont par nature indéterminés ne fût-

ce que du point de vue des destinataires et que le maintien d'effet(s) d'une décision individuelle peut procurer un avantage particulier à un justiciable déterminé heurtant le principe d'égalité et de non-discrimination. Tel pourrait effectivement être le cas en présence de critères plus précis et détaillés, ce que ne constituent toutefois pas les critères d'exception et de nécessité, très généraux, selon nous.

Cinquièmement, l'absence de critères aurait permis au Conseil d'État une plus grande souplesse selon le contexte juridique propre à chaque affaire qui peut être supranational. Le droit européen, en particulier, ne tolère le maintien d'effet(s) d'un acte national annulé pour violation du droit européen qu'à des conditions plus strictes, au nom de l'effectivité du droit européen<sup>59</sup>, si la juridiction est confrontée à « l'existence d'une considération impérieuse ». Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle, de son côté, a d'ailleurs cantonné le maintien d'effet(s) à l'hypothèse dans laquelle aucun élément du litige ne relève de l'application du droit de l'Union européenne<sup>60</sup>. Par la suite<sup>61</sup>, elle l'a validé en imposant d'interpréter l'article 14<sup>ter</sup> en conformité

<sup>59</sup> C.J.U.E. (gde ch.), *Inter-Environnement Wallonie et Terre wallonne*, 28 février 2012, C-41/11 sur concl. Av. gén. Mme Juliane KOKOTT. En résumé, le maintien des effets d'un acte contraire au droit européen peut être exceptionnellement et temporairement toléré lorsque l'effet sur l'environnement d'une annulation serait plus préjudiciable. Entre deux maux il convient de choisir le moindre, en quelque sorte.

« Lorsqu'une juridiction nationale est saisie, sur le fondement de son droit national, d'un recours tendant à l'annulation d'un acte national soumis au droit européen et qu'elle constate qu'un tel acte a été adopté en méconnaissance de l'obligation prévue par directive (procéder à une évaluation environnementale préalable), cette juridiction est tenue d'adopter toutes les mesures générales ou particulières prévues par son droit national afin de remédier à l'omission d'une telle évaluation, y compris l'éventuelle suspension ou annulation du "plan" ou "programme" attaqué.

Cependant, compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire au principal, la juridiction de renvoi pourra exceptionnellement être autorisée à faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à maintenir certains effets d'un acte national annulé pour autant que :

- cet acte national constitue une mesure de transposition correcte de la directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles ;
- l'adoption et l'entrée en vigueur du nouvel acte national contenant le programme d'action au sens de l'article 5 de cette directive ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de l'acte attaqué ;
- l'annulation de cet acte attaqué aurait pour conséquence de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition de la directive 91/676 qui serait plus préjudiciable à l'environnement en ce sens que cette annulation se traduirait par une protection moindre des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles et irait ainsi à l'encontre même de l'objectif essentiel de cette directive, et
- un maintien exceptionnel des effets d'un tel acte ne couvre que le laps de temps strictement nécessaire à l'adoption des mesures permettant de remédier à l'irrégularité constatée. »

Voy. C.E., *asbl Areta et crt*, n° 229.097, 7 novembre 2014 concernant les suites de cet arrêt. Voy. aussi *infra*, n° 29bis, pour une application en matière de décisions individuelles.

<sup>60</sup> C. const., n° 154/2012, 20 décembre 2012, B.2.4 ; C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.2.2, 2<sup>e</sup> phrase ; C. const., n° 14/2013, 21 février 2013, B.2.4 ; C. const., n° 73/2013, 30 mai 2013, B.6.2. Rem. C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.3.

<sup>61</sup> C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.4-6.

<sup>58</sup> Rapp. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 12, mentionnant que « les principes de la sécurité juridique ou de la continuité de service public ont déjà été retenus comme autant de circonstances de nature à primer sur le principe de la légalité (...). La disposition est modifiée afin de s'assurer de l'existence de ces raisons (...) ».



avec le droit de l'Union<sup>62</sup> ce qui, concrètement, a deux implications. La première pour le Conseil d'État de ne recourir au maintien d'effet(s) en cas d'annulation d'un acte ou un règlement pour violation du droit de l'Union que si les conditions énoncées par l'arrêt de la Cour de justice du 28 février 2012 sont réunies<sup>63</sup>. La seconde pour toutes les juridictions (en ce compris le Conseil d'État, ce que semble exclure l'arrêt à faire une interprétation trop littérale de celui-ci) de ne pas prêter main forte<sup>64</sup> à un arrêt du Conseil d'État qui maintiendrait des effets d'un acte annulé pour violation d'une norme autre qu'une norme du droit de l'Union quand celui-ci (ou plutôt l'effet maintenu) serait jugé contraire au droit européen<sup>65</sup>. Des conditions comparables sont prévues par la Cour de justice de l'Union européenne concernant les actes de l'Union<sup>66</sup>. Il en résulte pour la section de législation du Conseil d'État que, si l'on fixe des critères dans la législation, ceux-ci doivent varier selon les ordres juridiques dont le contenu jurisprudentiel évolue et varie d'une matière à l'autre de sorte qu'il paraît préférable de n'en prévoir aucun. Certes, si le droit européen contraint le juge administratif de décider selon les critères européens, il n'exclut pas de les voir renforcés par des critères internes (selon une interprétation conciliante), mais l'absence de critères textuels « faciliterait la prise en compte de tous ceux qui, au regard du contexte juridique propre à chaque affaire, apparaîtraient comme pertinents »<sup>67</sup>. À ce train-là, aujourd'hui on ne légiférerait plus.

**10.** Au vu du dispositif, **cinq grandes questions** se posent concernant le maintien d'effet(s) d'un acte administratif. Qui peut le demander et le prononcer ? Quels actes sont visés ? Dans quels cas ou à quelles conditions ? Quand et selon quelles modalités ? Et avec quelle portée ?

<sup>62</sup> Cela même en conformité avec celui-ci : C.J.U.E., *Marleasing*, 13 novembre 1990, C-106/89, pt 8.

<sup>63</sup> En pratique, le juge national posera une question préjudicielle à la Cour de justice s'il envisage de maintenir des effets (d'une norme) contraire(s) au droit européen afin de connaître les conditions spécifiques à respecter eu égard aux règles européennes concernées. Voy. D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 76-79, pp. 159-163.

<sup>64</sup> En appliquant cet acte (en réalité l'effet maintenu).

<sup>65</sup> Voy. C.J.U.E., *Filipiak*, 19 novembre 2009, C-314/08, pt 85, *mutatis mutandis*.

<sup>66</sup> C.J.C.E., *Winner Wetten GmbH*, C-409/06, 8 septembre 2010, § 66 : « [a]insi qu'il ressort de la jurisprudence, le maintien des effets d'un acte de l'Union annulé ou invalidé, qui a pour objet de ne pas laisser naître un vide juridique jusqu'à ce qu'un nouvel acte vienne remplacer l'acte ainsi annulé ou invalidé (voy. not., arrêt du 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, *Rec.*, p. I-1477, pt 60), peut se justifier en présence de considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés, en jeu (voy. not., arrêt *Régie Networks*, précité, pt 122 et jurisprudence citée) et durant le laps de temps nécessaire aux fins de permettre qu'il soit remédié à une telle illégalité (voy. en ce sens, notamment, arrêts précités *Kadi et Al Barakat International Foundation c/ Conseil et Commission*, pt 375, ainsi que *Régie Networks*, pt 126) ».

<sup>67</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 100.

## II. QUI ?

**11.** « À la demande d'une partie adverse ou intervenante » le maintien peut être décidé, indique l'article 14<sup>ter</sup> étudié. La formule paraît claire et précise. Elle exclut qu'une autre partie le demande avec succès, en particulier une partie requérante dont il est vrai qu'il pourrait paraître étrange, car contradictoire, qu'elle postule le maintien d'effet(s) d'un acte quelle souhaite voir annuler. La jurisprudence passée enseigne cependant que le cas n'est pas totalement exclu, par exemple lorsque l'annulation postulée emporte un bouleversement trop important pour le passé. C'est précisément ce qui a conduit l'Union professionnelle des entreprises d'assurances *Assuralia* à demander, en faveur de ses membres, le maintien pour un an des indices utilisés par les entreprises d'assurances pour indexer les primes d'assurance bien qu'ils n'étaient à son estime pas suffisamment élevés pour procéder à une indexation raisonnable et légitime sous peine de mettre à mal les indexations intervenues et d'empêcher toute indexation pour l'année<sup>68</sup>. Il en résulte qu'avoir exclu la partie requérante de l'initiative du maintien d'effet(s) pourrait s'avérer problématique, voire discriminatoire, selon les circonstances rencontrées, les intérêts de celle-ci n'étant pas pris en compte de la même manière que ceux des autres parties. Il n'est en effet pas exclu qu'une partie intervenante vienne appuyer le recours en annulation et qu'elle puisse valablement postuler le maintien d'effet(s), quant à elle. Ses intérêts et situation convergent avec ceux de la partie requérante alors que seule celle-ci est exclue du pouvoir d'initiative.

**12.** Que se passe-t-il si aucune partie n'a demandé l'application de l'article 14<sup>ter</sup> ? L'auditeur qui instruit le dossier peut-il en prendre l'initiative « d'office », voire à défaut le Conseil d'État lui-même ? Les travaux préparatoires montrent que telle n'était pas l'intention du législateur lequel a indiqué, à trois reprises, que « [c]ette mesure ne sera pas ordonnée d'office par le Conseil d'État, mais devra avoir été demandée par la partie adverse ou une partie intervenante »<sup>69</sup>. Aucune justification n'a été donnée à cette limitation, si ce n'est qu'il s'agirait d'une

<sup>68</sup> C.E., *Union professionnelle des entreprises d'assurances Assuralia*, n° 2017.085, 29 décembre 2011, *R.W.*, 2012-13, 25, p. 252 et note F. EGGERMONT, « Enkele beschouwingen inzake de toepassing van artikel 14<sup>ter</sup> RvS-Wet » ; *Bull. Ass.*, 2012/2, pp. 234 et note M. THIRION, « Medische index moet worden toegepast ».

<sup>69</sup> Commentaire des articles, Sénat, n° 5-2277/1, p. 12. Dont confirmation dans l'exposé des motifs (p. 5) et l'avis n° 53.317/AG du 11 juin 2013 de la S.L.C.E. (p. 97). Le commentaire précise que « [l']arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, qui constitue le règlement général de procédure, sera modifié afin de le prévoir expressément ». Voy. pourtant *infra*, n° 31bis.

garantie, probablement expliquée par le caractère exceptionnel de la mesure. Il est toutefois loin d'être établi que permettre au Conseil d'État de soulever d'office le maintien d'effet(s) provoquerait une augmentation significative des décisions en ce sens et que, même dans le cas contraire, ce ne serait pas à bon escient. L'expertise du Conseil d'État et la présence d'esprit dont ses membres font généralement preuve plaident au contraire pour davantage de confiance placée en eux dans l'intérêt général et dans celui des citoyens. À noter d'ailleurs que l'arrêt par lequel le Conseil d'État avait posé d'office une question préjudicielle sur le caractère discriminatoire du maintien limité aux actes réglementaires visait précisément une hypothèse dans laquelle le Conseil d'État estimait d'initiative que l'annulation de la nomination d'un secrétaire communal pour la deuxième fois pour une raison purement formelle déboucherait, vu le dossier, sur une décision sur le fond identique correctement adoptée<sup>70</sup>. Dans l'état antérieur du texte, en l'absence de précision, le Conseil d'État avait au demeurant déjà soulevé d'office la question à plusieurs reprises. Il l'avait fait dans certains cas sans soumettre la question aux parties<sup>71</sup> et même une fois en prononçant le maintien par *erratum* publié deux mois plus tard<sup>72</sup>. Peut-être le législateur a-t-il voulu proscrire ces deux manières de procéder, le cas échéant de manière inadéquate, la règle du débat contradictoire étant suffisante.

Qu'à cela ne tienne, il n'est pas exclu que le Conseil d'État pose à nouveau d'office une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle visant à déterminer si cette limitation ne porte pas atteinte de façon discriminatoire au principe de sécurité juridique dès lors que des situations existantes et des attentes suscitées peuvent s'en trouver mises en péril<sup>73</sup>. Il en va d'autant plus ainsi que le droit comparé interne et international montre qu'en général le maintien d'effet(s) peut être soulevé d'office par la juridiction<sup>74</sup>. Le juge de l'excès de pouvoir est parfaitement habilité à poser une telle question.

**13.** Seul le Conseil d'État peut évidemment ordonner le maintien en vertu du texte, en indiquant, dans son arrêt, le ou les effet(s) concernés et le délai imparti.

<sup>70</sup> C.E., *Van Simpsen*, n° 216.740, 8 décembre 2011.

<sup>71</sup> Voy. A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 104 ; D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 56, p. 148. Voy. par exemple C.E., *asbl Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé et crts*, n° 196.106, 16 septembre 2009.

<sup>72</sup> C.E., *Deminne et crts*, n° 82.185, 3 septembre 1999.

<sup>73</sup> J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, p. 113, n° 24.

<sup>74</sup> D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 65, p. 152.

### III. QUELS ACTES ?

**14.** Tant les actes individuels que les règlements sont désormais visés, pour autant qu'ils soient annulés.

Comme indiqué déjà, il faut se réjouir, d'abord, de ce que le texte consacre de la sorte la terminologie classique consistant à distinguer actes individuels et règlements parmi les actes administratifs unilatéraux au lieu des actes et règlements, comme dans l'article 14, paragraphe 1<sup>er</sup>, des mêmes lois coordonnées ou dans l'avant-projet de loi soumis à la section de législation du Conseil d'État<sup>75</sup>. Pour mémoire, un règlement est également un acte en manière telle que ce terme est imprécis et peut porter à confusion.

Il convient de s'interroger, ensuite, sur plusieurs points.

**15.** L'annulation doit-elle nécessairement être le fait du Conseil d'État lui-même ? Le texte ne le précise pas, ouvrant la porte sur d'autres éventualités néanmoins peu vraisemblables. À l'évidence, le maintien est l'accessoire du pouvoir d'annulation<sup>76</sup> permettant de tempérer les effets de celle-ci. Seuls les actes susceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'État sont d'ailleurs concernés par l'article de loi.

**16.** L'annulation doit-elle être totale, comme semble le supposer le texte de loi, ou une annulation partielle de certains articles ou certaines dispositions est-elle susceptible de faire l'affaire ? Qui peut le plus peut le moins, nous semble-t-il, en l'absence d'argument plaçant en faveur d'une solution différente. La seule condition cohérente paraît être que l'effet maintenu doit évidemment provenir d'une partie de l'acte annulé, que celui-ci soit réglementaire ou individuel. Dans le cas contraire, le maintien d'effet(s) ne serait d'ailleurs d'aucune utilité, quoi qu'en disent les travaux préparatoires<sup>77</sup>, en l'absence d'annulation de la dis-

<sup>75</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 72.

<sup>76</sup> Selon le texte étudié et sous réserve, par conséquent, d'autres pouvoirs tel le constat d'illégalité. Voy. ci-dessous.

<sup>77</sup> « Dans les projets importants dont un aspect partiel est contesté, le Conseil d'État pourra ainsi maintenir les éléments dans lesquels aucune irrégularité n'a été constatée, de telle sorte que l'ensemble de la décision relative au projet ne devra pas être annulé » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/3, discussion, p. 32). Une telle déclaration prête à confusion car s'il est effectivement possible qu'un règlement voire une décision individuelle soit annulé dans certaines de ses dispositions, la survie des autres dispositions ne requiert nullement le maintien d'effet(s). Leur survie résulte *ipso facto* du rejet (ou du caractère limité, à le supposer admissible) du recours. Voy. égal. Projet de loi, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 3233/4, discussion, p. 18 : « Le Conseil d'État aurait en quelque sorte la possibilité de procéder à une annulation partielle d'une décision sans devoir pour autant annuler les points corrects de cette même décision ». Cette possibilité existait déjà avant l'instauration du maintien d'effet(s), par exemple en cas d'annulation d'une décision de réfection mais non du retrait de la décision précédente, dans les limites de la divisibilité de l'acte censuré, déduites de la séparation des pouvoirs et de l'interdiction de réformation qui restreignent le pouvoir d'annulation partielle.

position concernée. Dans le même ordre d'idées, il est déjà arrivé au Conseil d'État de rejeter une demande d'application de l'article 14<sup>ter</sup> visant l'hypothèse d'une annulation complète en raison du caractère partiel de l'annulation<sup>78</sup>.

17. Seul l'acte *annulé* peut se voir appliquer le maintien d'effet(s). Est-ce à dire que le dispositif est exclu en cas de suspension, par exemple le temps de celle-ci ? Le texte semble l'empêcher et à raison de premier abord puisque si le besoin s'en faisait sentir à ce stade, il suffirait au Conseil de rejeter la demande de suspension sur le motif pris de la balance des intérêts. Pour mémoire, la suspension porte sur l'exécution de l'acte et vaut *erga omnes*. Quel intérêt pourrait-il y avoir de suspendre les effets d'un acte pour les maintenir ensuite ? Aucun si ce n'est, avec le recul, lorsque seuls certains effets mériteraient d'être maintenus éventuellement à l'égard de certaines personnes<sup>79</sup> ou pour un temps limité... Une pratique ancienne a cependant été relevée lors des discussions parlementaires consistant à limiter, dans certains cas, les effets de la suspension<sup>80</sup>. Or, désormais, la balance des intérêts a été expressément intégrée dans les conditions légales de la suspension.

18. Seul l'acte annulé mérite le maintien d'effet(s), à l'exclusion également des actes déclarés illégaux par voie incidente sur la base de l'article 159 de la Constitution ? L'effet de la « déclaration incidente d'illégalité » est pourtant moins radical que celui de l'annulation, ne fût-ce que parce qu'il est relatif<sup>81</sup> et emporte seulement l'inapplication de l'acte qui en fait l'objet. Aussi peut-il paraître incongru que le juge puisse moduler les effets de l'annulation d'un acte et non ceux de la non-application de celui-ci.

La jurisprudence pourrait sembler exclure cette possibilité à la lecture du premier arrêt du Conseil d'État par lequel celui-ci alloue une indemnité réparatrice. Par un arrêt *Legrand* n° 232.416 du 2 octobre 2015, le Conseil d'État considère que l'arrêt de non-lieu à statuer, consécutif à une

décision de retrait, peut fonder une demande d'indemnité réparatrice lorsqu'il constate une illégalité. En effet, « pour qu'une indemnité réparatrice puisse être accordée en application de l'article 11<sup>bis</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il faut qu'une illégalité soit constatée par un arrêt du Conseil d'État, et que cette illégalité ait causé un préjudice qui n'ait pas été autrement réparé ». La considération se fonde sur la lettre de l'article 11<sup>bis</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui, dans son alinéa 2, fait référence à un « arrêt ayant constaté l'illégalité » et non à un arrêt d'annulation, de même que sur les travaux préparatoires relativement explicites sur ce point<sup>82</sup>. *A contrario*, en ce qui concerne le maintien d'effet(s), la lettre de l'article 14<sup>ter</sup> vise exclusivement l'hypothèse d'un acte annulé à l'exclusion au moins implicite de celle d'un acte déclaré illégal. Cette exclusion est d'autant plus vraisemblable en matière de décisions individuelles que le Conseil d'État ne tolère la déclaration d'illégalité incidente d'un acte individuel que dans le cadre très feutré de l'opération administrative complexe ou d'une décision non définitive parce qu'entreprise en temps utile devant lui.

Cela dit, le principe de la sécurité juridique pourrait tout aussi bien être interprété comme palliant une lacune du texte à cet égard, voire comme élargissant la portée de celui-ci par un effet dérogatoire déjà constaté à l'égard de l'article 159 de la Constitution. N'oublions pas qu'en son temps la Cour constitutionnelle s'est arrogé le pouvoir de maintenir des effets de l'acte déclaré illégal, en passant outre le texte de la loi

<sup>78</sup> C.E., *Roemen*, n° 227.749, 19 juin 2014, l'annulation ne portant que sur le caractère rétroactif d'une sanction disciplinaire remplaçant une précédente sanction illégale pour incompétence de l'auteur de l'acte. Le nouvel article 14<sup>ter</sup> n'était toutefois pas encore applicable et ne semble pas l'avoir été.

<sup>79</sup> Voy. *infra*, n° 37.

<sup>80</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/5, p. 24. « Ainsi, il s'avère qu'une partie de la jurisprudence applique déjà la technique de la mise en balance des intérêts dans le référé administratif. Cette technique implique que le Conseil d'État ne considère pas qu'il est d'emblée tenu d'accéder à la demande du requérant lorsque toutes les conditions de suspension sont satisfaites. Le Conseil peut mettre en balance les intérêts des parties concernées et estimer que les intérêts de la partie défenderesse et/ou intervenante priment le préjudice grave difficilement réparable de la partie requérante. Le cas échéant, le Conseil rejettera, pour cette raison, la demande de suspension ou limitera les effets de la suspension ».

<sup>81</sup> Voy. M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruges, La Chartre, 2010, pp. 211-300.

<sup>82</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 8 : « La demande d'indemnité pourra être formulée non seulement lorsque le Conseil d'État annule un acte, un règlement ou une décision implicite de rejet, mais pour tout préjudice né d'une illégalité constatée dans un arrêt. Cette nuance a été introduite pour éviter que certaines modalités de procédure, en particulier la boucle administrative (actuellement en projet), ne puissent être interprétées comme privant la partie qui a subi un préjudice du fait de l'acte illégal, mais finalement réparé à l'issue de ladite boucle, de la possibilité d'être indemnisé du préjudice subi. Il faut également prendre en considération le fait que lorsqu'une partie perd en cours de procédure l'intérêt à ce qu'un acte disparaisse de l'ordre juridique, notamment en raison d'une évolution de sa situation personnelle, cela ne signifie pas qu'elle n'a pas subi un préjudice du fait de l'illégalité de cet acte et qu'elle ne conserve pas un intérêt légitime à poursuivre son action. Dès lors que le Conseil d'État se voit investi de la compétence d'indemniser le préjudice subi du fait d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite illégal, il lui reviendra donc en toute hypothèse de statuer sur sa légalité s'il est soutenu que le rejet allégué aurait causé un préjudice susceptible de donner lieu à une telle indemnisation ». *Adde* S.L.C.E., *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 7 : « La proposition fait référence, comme fait générateur du dommage, à un "arrêt ayant constaté l'illégalité" et non à un arrêt d'annulation. La formulation est heureuse car elle couvre aussi l'hypothèse où plusieurs recours tendent à l'annulation du même acte et où, une fois l'annulation prononcée au terme de celui qui a été examiné en premier lieu, les autres arrêts jugent qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les autres recours, ceux-ci ayant perdu leur objet. Elle s'applique aussi au cas où l'illégalité d'un règlement est constatée par voie incidente en application de l'article 159 de la Constitution. On n'apercevrait pas de raison de priver les requérants qui ont introduit les recours aboutissant à un de ces résultats de la possibilité de demander l'indemnité réparatrice au Conseil d'État » (nous soulignons).



spéciale, en manière telle que, pour paraphraser celle-ci, « [b]ien que le constat d'une [illégalité] dans un arrêt (...) soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime [pourraient] justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat »<sup>83</sup> pour rechercher « un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la [loi] et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées ».

L'intérêt de la question est d'autant plus évident que toute illégalité n'est plus nécessairement sanctionnée par une annulation aujourd'hui, en particulier lorsque l'intérêt au moyen n'est pas démontré<sup>84</sup>.

19. Pour le reste, la question s'est posée de savoir s'il eût été possible de limiter le dispositif à certaines matières, par exemple aux rapports d'incidence sur l'environnement et aux rapports de sécurité, le Conseil d'État ayant estimé sur ce point la portée du dispositif trop limitée, risquant « d'avoir des conséquences juridiques, du fait de la violation du principe d'égalité »<sup>85</sup>.

Dans une contribution récente, A. Feyt et Fr. Tulkens<sup>86</sup> postulent que le maintien d'effet(s) n'aurait de sens que pour les actes ayant déjà produit un effet concret par le passé, qu'ils soient destinés à en produire encore dans le futur ou non. Des motifs impérieux d'intérêt général pourraient toutefois justifier le maintien d'effet(s) dans tous les cas de figure, même sans effet déjà constaté. L'on songe par exemple à des ouvrages publics de premier ordre liés à la sécurité ou la santé publique, voire plus simplement à la mobilité et, simplement autorisés, que les actes posés illégalement soient ou non susceptibles de réfection. Le Conseil d'État est autorisé à déterminer un délai de maintien d'effet(s) pour le futur exclusivement voire même à décider d'un maintien définitif. Le texte ne l'exclut du moins pas<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> C. const., n° 125/2011, 7 juillet 2011, B.5.4, à l'égard du constat d'une inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel. Voy. également, concernant une intervention rétroactive destinée à pallier l'insécurité juridique née de l'exception d'illégalité, C.A., n° 55/2006, 19 avril 2006, et C.E., *Schippers et Swerts*, n° 185.217, 8 juillet 2007, pt 19.

<sup>84</sup> Sur la question, voy. récemment M. NIHOUL, « Le moyen digne d'intérêt pour le Conseil d'État selon le législateur (premières applications) », *C.D.P.K.*, 2015, pp. 19-35 ; M. KAISER et E. GOURDIN, « La qualité du requérant et son intérêt au recours et aux moyens », in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART, *op. cit.*, pp. 27-80.

<sup>85</sup> Rapport, Sénat, n° 5-2277/3, pp. 5 et 14-15 au sujet de la proposition de loi de M. Van Rompuy et crts.

<sup>86</sup> A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, pp. 121 et 122. Sont cités comme exemples le maintien d'effet(s) d'agréments pour garantir la validité d'actes posés ou la sécurité juridique, d'un permis d'environnement le temps de la réfection de l'acte, de la désignation dans un poste à mandat à la veille du terme de celui-ci, d'un permis d'urbanisme déjà entièrement mis en œuvre et affecté au logement familial ou dont la destruction serait économiquement disproportionnée.

<sup>87</sup> Voy. *infra*, n° 38.

20. Le cas particulier des actes de réfection rétroactive d'un acte annulé mérite encore d'être signalé dans la mesure où, dans la jurisprudence passée, le Conseil d'État a déjà considéré que des droits acquis découlant des effets du premier arrêt peuvent s'opposer tant à la rétroactivité de l'acte de réfection qu'au maintien d'effet(s) de celui-ci s'agissant d'une disposition transitoire « destinée à produire ses effets pendant une période déterminée, actuellement définitivement révoquée, et [revêtant], en ce sens, un caractère unique »<sup>88</sup> : « il ne saurait être admis que, par le biais de l'article 14<sup>ter</sup> précité, les effets de l'annulation soient totalement annihilés et l'arrêt qui la prononce vidé de toute sa substance ». En pratique, le maintien d'effet(s) pourrait bien confronter les juges à la résolution de paradoxes temporels particulièrement complexes provoqués par ses interventions dans le passé.

#### IV. DANS QUELS CAS ET À QUELLES CONDITIONS ?

21. Trois conditions de fond sont posées pour décréter le maintien d'effet(s). Celui-ci doit être nécessaire, exceptionnel et justifié.

Ces trois conditions pourraient paraître contradictoires si elles ne devaient être conciliées. La mesure « nécessaire » (et non indispensable) doit être justifiée par des raisons exceptionnelles (et non seulement importantes), dès lors qu'il s'agit de déroger à la légalité en tenant compte des intérêts des parties.

La balance d'intérêt n'est pas suffisante pour adopter la mesure. Sa nécessité non plus, ni même l'existence de raisons exceptionnelles. Les trois critères doivent être combinés pour se résoudre à décider dans ce sens qui déroge aux principes. L'on pourrait même ajouter que le raisonnement trinitaire doit être tenu pour chaque effet envisagé. Bref, les trois conditions sont cumulatives et non alternatives et elles pourraient être remplies seulement pour certains effets et pas pour d'autres.

22. C'est la section du contentieux administratif du Conseil d'État qui estime souverainement si le maintien est **nécessaire**. Aucun recours interne n'est possible sur ce point.

Il a par exemple été jugé que doit être rejetée la demande de maintien d'effet(s) lorsque « les conséquences que les parties adverse et intervenante affirment redouter en cas d'annulation de l'arrêté royal litigieux, à les supposer établies,

<sup>88</sup> C.E., *Rijnkens et crts*, n° 225.923, 19 décembre 2013, *A.P.T.*, 2014/3, p. 410 et note B. LAGASSE et S. RIXHON, « Annulation d'un régime transitoire et droits acquis : l'administration peut-elle refaire le travail ? ».



ne découleraient pas véritablement d'une telle annulation » mais bien de celle d'autres arrêtés à la suite de recours pendants devant une autre chambre du Conseil d'État<sup>89</sup>.

**23.** Il en va de même des « **raisons exceptionnelles** » justifiant de porter atteinte au principe de légalité » dont l'interprétation n'est guère aisée. Le Conseil d'État avait été félicité par la Cour constitutionnelle et le législateur et il s'était congratulé lui-même pour la « parcimonie » dont il avait fait preuve avec le mécanisme en matière réglementaire, ce qui justifiait d'étendre celui-ci aux actes individuels. Selon cette interprétation, le caractère exceptionnel du mécanisme vise la récurrence du dispositif dans le temps et les destinataires. Le maintien doit rester rare, à tout le moins peu fréquent ou occasionnel. Dans le texte, ce sont pourtant les raisons qui doivent être exceptionnelles et non nécessairement le recours au mécanisme en tant que tel. Les raisons doivent être inhabituelles et hors du commun ou non ordinaires, ce qui fait davantage écho à la gravité des circonstances, notamment celles pouvant toucher un nombre important de citoyens.

Les travaux préparatoires vont clairement dans ce sens lorsqu'ils font état de ce que « [l]e caractère rétroactif d'un arrêt d'annulation peut avoir des conséquences disproportionnées ou mettre en péril notamment la sécurité juridique, dans certaines circonstances »<sup>90</sup> ou d'« intérêts supérieurs qui justifient, non pas le maintien de l'acte dans le circuit, mais bien son maintien pour le passé »<sup>91</sup> ; ou que « [l]e fait qu'une annulation avec effet rétroactif puisse parfois avoir des effets insurmontables et disproportionnés justifie que le Conseil d'État puisse désormais apprécier s'il y a lieu de moduler cette rétroactivité en fonction des circonstances propres à la cause »<sup>92</sup>. La section de législation du Conseil d'État évoque le recours au procédé « lorsqu'il est établi que l'annulation pure et simple de la décision attaquée aurait des conséquences très graves du point de vue de la sécurité juridique », conformément à « l'intention du législateur, qui a tenté de trouver un équilibre entre le principe de la légalité des actes réglementaires, consacré par l'article 159 de la Constitution, et le principe de la sécurité juridique. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans son arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012, le législateur a en effet confié à une juridiction le soin de déterminer si des motifs exceptionnels justifient le maintien des

effets d'un acte réglementaire illégal » (C. const., 20 décembre 2012, n° 154/2012, B.3 et B.4 ; dans le même sens : C. const., 9 février 2012, n° 18/2012, B.4 ; 21 février 2013, n° 14/2013, B.3 ; 30 mai 2013, n° 73/2013, B.8) »<sup>93</sup>.

Les raisons exceptionnelles en question sont donc liées aux conséquences de l'annulation rétroactive, des conséquences disproportionnées (insurmontables ?) ou très graves, liées aux circonstances concrètes, et justifiant de porter atteinte au principe de légalité.

Aucun exemple n'est donné. Mais il est notoire que ce sont de grands travaux liés notamment au tram de Wijnegem qui, paralysés pour des vices de légalité, ont conduit à réformer le Conseil d'État.

Le commentaire de l'article précise expressément que si la jurisprudence constitutionnelle semble « laisser la porte ouverte pour une extension de cette possibilité aux actes individuels », « [t]outefois, il convient de ne pas perdre de vue l'enseignement de l'arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012 qui insiste sur le juste équilibre qui doit être respecté par le législateur entre « l'importance de remédier à chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées » (B.9.4.). Selon la Cour, le maintien des effets ne peut avoir lieu que si des « raisons exceptionnelles » le justifient. Les principes de la sécurité juridique ou de la continuité de service public ont déjà été retenus comme autant de circonstances de nature à primer sur le principe de la légalité (voy. not. C.E., arrêt *Maselyne*, n° 194.015 du 9 juin 2009). La disposition est modifiée afin de s'assurer de l'existence de ces raisons et de prévoir une précision quant à l'obligation de les justifier au moyen d'une motivation spécifique ainsi que la garantie d'un débat contradictoire »<sup>94</sup>.

**24.** L'appréciation du juge doit être concrète. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité. Un tel contrôle avait déjà été consacré par la Cour constitutionnelle en l'absence de précision légale sur ce point : « [a]vant de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique »<sup>95</sup>.

La jurisprudence du Conseil d'État enseigne que le maintien d'effet(s) en matière réglementaire est lié, en principe, aux nombreuses applications

<sup>89</sup> C.E., s.a. *Sagevas et crts*, n° 231.158, 7 mai 2015.

<sup>90</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 5.

<sup>91</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 3-2277/3, p. 9 (intervention de R. ANDERSEN) : « il faut qu'il y ait un intérêt supérieur pour l'on maintienne artificiellement en vie un acte illégal ».

<sup>92</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/3, p. 29.

<sup>93</sup> S.L.C.E., avis n° 53.317/AG, du 11 juin 2013, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 97, note 2, faisant état de la jurisprudence constitutionnelle et administrative dans ce sens.

<sup>94</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, pp. 11-12.

<sup>95</sup> C. const., n° 3/2013, 17 janvier 2013, B.9.

de l'acte (par définition)<sup>96</sup>. Les « circonstances exceptionnelles »<sup>97</sup> touchent aux nécessités du service public, à l'intérêt de la sécurité juridique notamment pour les tiers ou à des circonstances « extrêmement graves » qu'une annulation pourrait entraîner<sup>98 99</sup>. Tout semble « question de motivation et d'espèce »<sup>100</sup>, le Conseil d'État procédant à une mise en balance entre légalité et intérêt public ou privé majeur<sup>101 102</sup>.

Relevons seulement ici que de simples difficultés financières ne suffisent pas à établir que celles-ci seraient insurmontables et partant inacceptables et commanderaient de limiter le bénéfice de l'annulation au requérant<sup>103</sup>. L'annulation de l'acte doit avoir des effets insurmontables et disproportionnés *in casu*<sup>104</sup>.

Quant à l'articulation entre règlement et décisions individuelles, elle devrait s'en trouver facilitée. L'on savait déjà que lorsque les décisions individuelles appliquant un règlement annulé sont devenues définitives, l'existence de celles-ci ne justifie pas le maintien d'effet(s)<sup>105</sup> sous réserve des conséquences civiles éventuelles. Il devrait en aller de même lorsqu'en raison de circonstances particulières elles ne le sont pas encore puisque

le maintien d'effet(s) est désormais possible les concernant.

Enfin, le Conseil d'État semble plus intransigent lorsque l'autorité administrative était consciente de l'illégalité commise (par exemple lorsqu'elle a été avertie par la section de législation du Conseil d'État) ou a voulu elle-même assurer le maintien d'effet(s) d'un acte annulé en demandant de maintenir la mesure concernée<sup>106</sup>. Cela reviendrait à autoriser une autorité administrative à s'arroger le pouvoir du Conseil d'État, fût-ce sous son contrôle.

25. À noter que l'avant-projet prévoyait déjà que la mesure ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles, mais en précisant « lorsque celles-ci justifient que le principe de sécurité juridique prime sur celui de la légalité »<sup>107</sup>. La formule finalement retenue est plus mesurée, se limitant à souligner qu'il est porté atteinte, le cas échéant, au principe de légalité et sans même préciser au nom de quel principe il est procédé de la sorte.

Derrière le caractère exceptionnel du maintien d'effet(s) se dessinent des considérations de justice<sup>108</sup> et d'équité directement liées au principe d'égalité et de non-discrimination entre les citoyens devant la loi.

26. Le Conseil d'État doit **justifier** le maintien d'effet(s) par la nécessité et les circonstances exceptionnelles, mais aussi par les intérêts en jeu dès lors que le texte précise qu'il *peut* être tenu compte des **intérêts des tiers**, ce que l'avant-projet ne prévoyait pas<sup>109</sup>. La précision vient de ce que le délégué de la Ministre avait indiqué à la section de législation que « lors de l'adoption d'une mesure de "maintien des effets", le Conseil d'État devra tenir compte des intérêts des tiers dans son appréciation », laquelle avait par conséquent trouvé préférable d'ajouter cette condition explicitement dans le dispositif même, bien que la jurisprudence du Conseil d'État allait déjà dans ce sens<sup>110</sup> et que cette exigence pouvait se déduire, selon elle, de ce que la mesure ne peut être ordonnée que si le Conseil d'État l'estime nécessaire<sup>111</sup>.

<sup>96</sup> Voy. par exemple C.E., *Goosse et crts*, n° 230.784, 3 avril 2015 et C.E., *Jaspard*, n° 230.785, 3 avril 2015 : « ne peut être envisagée qu'en tenant compte de la nécessité éventuelle d'une telle modulation, en raison d'une atteinte particulièrement grave à la sécurité juridique, des intérêts en présence et, plus particulièrement, de l'incidence qu'une non-rétroactivité de l'arrêt pourrait avoir sur la situation des agents [de la partie requérante] ; Considérant que dès lors que l'arrêt attaqué fixe la réglementation relative à l'évaluation des agents de la fonction publique fédérale qui participe à l'évolution de la carrière de ces derniers et compte tenu du nombre d'applications de portée individuelle dont l'arrêt royal attaqué a fait l'objet depuis sa mise en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2013 et dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de décider que l'arrêt d'annulation n'aura d'effet qu'à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2015 ».

<sup>97</sup> C.E., *s.a. Sagevas et crts*, n° 231.158, 7 mai 2015 : « seules des circonstances exceptionnelles peuvent éventuellement justifier qu'il soit dérogé à la règle normale qui veut que l'annulation soit rétroactive » (nous soulignons).

<sup>98</sup> S. Verstraelen distingue quatre groupes d'intérêts (S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, R.W., 2014-15, n° 20, n°s 25-29, pp. 771-772) : ceux touchant aux attentes ou à la confiance légitimes, à la prévisibilité et la bonne foi ; ceux relevant de la continuité du service public ; ceux liés à certaines matières, en particulier le droit pénal, fiscal et civil contractuel ; enfin ceux des parties, spécialement les requérantes, mais aussi les tiers.

<sup>99</sup> Voy. récemment C.E., *Dalemans et crts*, n° 231.482, 9 juin 2015, pt 16.

<sup>100</sup> A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 107.

<sup>101</sup> D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 52, pp. 144-146.

<sup>102</sup> Voy. not. Fr. TULKENS, *op. cit.*, J.T., 2012, pp. 737-743 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 2154-2156 ; D. LINDEMANS, « Het behoud van gevolgen van een door de Raad van State nietig verklaarde reglementaire bepaling », in *De tenuitvoerlegging van arresten de Raad van State*, Bruges, La Charte, 2012, pp. 170 et s. Voy. aussi *infra*, n° 29bis.

<sup>103</sup> C.E., *Dalemans et crts*, n° 231.482, 9 juin 2015, pt 16. Voy. déjà C.E., *Union professionnelle belge des médecins spécialistes*, n° 164.522, 8 novembre 2006 ; C.E., *nv F. Industries*, n° 211.807, 4 mars 2011. Voy. en revanche, C.E., *Evrard*, n° 71.610, 5 février 1998.

<sup>104</sup> C.E., *Herbrand*, n° 235.378, 7 juillet 2016.

<sup>105</sup> C.E., *asbl Gerfa*, n°s 63.463 et 63.464, 9 décembre 1996 ; C.E., *Gérard*, n° 76.481, 16 octobre 1998 ; C.E., *Yernaux*, n° 210.163, 29 décembre 2010 ; C.E., *nv F. Industries*, n° 211.807, 4 mars 2011 ; C.E., *A.P.W.F.S.P.*, n° 216.841, 13 décembre 2011.

<sup>106</sup> C.E., *Tondeur*, n° 218.189, 23 février 2012 ; C.E., *U.P.S.I. et crts*, 15 juin 2009, n° 194.193 ; C.E., *Ville d'Andenne*, 4 juin 2010, n° 204.782 ; C.E., *Rijnkens et crts*, n° 225.923, 19 décembre 2013 ; C.E., *asbl Association des juristes des administrations wallonnes et crts*, n° 222.164, 22 janvier 2013.

<sup>107</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 72.

<sup>108</sup> A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, pp. 121 et 122.

<sup>109</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 72.

<sup>110</sup> Voy. not. C.E., *asbl Association du personnel wallon et francophone des services publics (A.P.W.F.S.P.)*, n° 216.841, 13 décembre 2001 : « dans l'appréciation qu'il porte à ce sujet, il doit tenir compte des nécessités du service public et de l'intérêt de la sécurité juridique, particulièrement dans le chef des tiers, sans pour autant procéder à une balance avec l'intérêt de la partie requérante, dès lors que la recevabilité du recours est établie ».

<sup>111</sup> S.L.C.E., avis n° 53.317/AG, du 11 juin 2013, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, pp. 100-101.

L'on peut s'étonner que la prise en compte des intérêts des tiers soit devenue facultative, que ce soit en matière réglementaire ou individuelle. À notre estime, il n'en résulte nullement un pouvoir d'appréciation totalement discrétionnaire dans le chef du Conseil d'État. Le législateur a vraisemblablement voulu indiquer que si les intérêts des tiers sont sensiblement affectés par l'annulation ou le maintien d'effet(s), ce qui n'est pas toujours le cas, il convient alors d'en tenir compte. En d'autres termes, il s'agit certes d'une faculté, mais il serait discriminatoire de ne pas en tenir compte lorsque ceux-ci sont en jeu. La jurisprudence antérieure y voyait d'ailleurs une obligation<sup>112</sup>. En outre, l'intérêt des tiers doit être pris en compte que ceux-ci tirent profit ou pâtissent de l'acte ou du maintien d'effet(s)<sup>113</sup>, à défaut pour le texte de distinguer les deux hypothèses.

27. Ni le texte ni les travaux préparatoires ne précisent qu'il s'agit aussi de tenir compte des intérêts de toutes les parties et de la collectivité dans son ensemble, au nom de l'intérêt général, en plus de celui des tiers, le cas échéant. L'on peut toutefois déduire cet élément de la circonstance que le Conseil d'État soit invité à tenir compte aussi des intérêts des tiers. Interpréter les mots comme interdisant de prendre en compte l'intérêt des parties et l'intérêt général serait peu cohérent et difficile à comprendre. Il eût été préférable de le préciser dans la disposition elle-même à l'instar de ce qui a prévalu en matière de suspension ou en matière d'indemnité réparatrice avec l'appréciation des intérêts publics et privés en présence. En pratique, il sera souvent difficile de concilier tous les intérêts en présence selon les circonstances concrètes de chaque affaire. En effet, le maintien favorise nécessairement une catégorie de justiciables au détriment d'autres puisqu'il confère aux premiers des droits qu'il refuse à d'autres. Aucune préférence n'est donnée *a priori* à une catégorie

de parties par rapport à une autre (requérante, adverse, intervenante<sup>114</sup> ou tiers).

27bis. De la jurisprudence récente, il résulte que le Conseil d'État est appelé à jouer un rôle de Salomon en la matière. Dans un arrêt *Malice*, n° 234.748, du 17 mai 2016, les raisons exceptionnelles ayant justifié le maintien définitif, mais limité à la période allant du 5 janvier au 30 juin 2015, de la désignation illégale d'une surveillante-éducatrice pour toute la durée d'une année scolaire 2014-2015 et du refus implicite qui en découle nécessairement de désigner la requérante dans cette fonction et dans cet emploi, tiennent dans la circonstance que la requérante a bénéficié d'une désignation à temps plein dans un autre établissement durant cette période et qu'une annulation pure et simple aurait des conséquences disproportionnées qualifiées d'« assez radicales » notamment pour la partie intervenante. Celle-ci perdrait en effet « l'intégralité des avantages que lui a apportés la première décision contestée alors que l'adoption de cet acte n'a véritablement lésé la requérante que pour la période (du 1<sup>er</sup> septembre 2014 au 4 janvier 2015) pendant laquelle elle n'avait pas encore été désignée ». Quant à la requérante, elle obtiendrait nécessairement deux postes à temps plein pour cette fraction de l'année scolaire, en l'absence de disposition statutaire interdisant expressément des attributions supérieures à un horaire complet, c'est-à-dire « plus que ce que le candidat à une désignation à titre temporaire peut légitimement espérer » et ce même en l'absence d'avantage pour la suite de sa carrière, l'ancienneté de service ou de fonction supérieure pour une période donnée ne pouvant excéder celle que procure l'exercice d'une fonction à prestations complètes. Trois éléments complémentaires ont été pris en ligne de compte pour écarter l'opposition de la partie adverse au maintien d'effets : l'absence de droit à être désignée dans un établissement déterminé durant toute une année scolaire (seulement une priorité en l'espèce violée d'une candidate mieux classée) ; le contexte d'un large pouvoir d'appréciation de l'autorité dans la détermination des emplois susceptibles d'être pourvus par la désignation de temporaires classés ou par d'autres voies prévues par ce statut et dans le choix d'affectation du candidat qu'elle entend désigner à titre temporaire en présence généralement de plusieurs postes de même volume et de même durée dans différents établissements d'une zone déterminée ; et l'absence de recours visant à remettre en cause la régularité de l'affectation qu'elle aurait reçue l'année suivante même si elle n'a pas pu

<sup>112</sup> Voy. C.E., *asbl Association du Personnel Wallon et Francophone des Services Publics*, n° 216.841, 13 décembre 2011 concernant l'arrêt du Gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale du 4 octobre 2007 fixant les cadres linguistiques de l'Institut bruxellois pour la Gestion de l'Environnement dans lequel le Conseil d'État déclare devoir « tenir compte des nécessités du service public et de l'intérêt de la sécurité juridique, particulièrement dans le chef des tiers, sans pour autant procéder à une balance avec l'intérêt de la partie requérante, dès lors que la recevabilité du recours est établie ». La demande de maintien d'effet(s) motivée par la situation précaire de 147 agents nommés ou promus depuis l'entrée en vigueur du texte n'a pas été accueillie en raison du caractère définitif des nominations et promotions intervenues (l'autorité n'étant donc pas tenue de revoir leur situation et des actions fondées sur l'article 159 de la Constitution étant purement hypothétiques) et de la possibilité de nouveaux recrutements ou promotions dès réfection de l'acte annulé (la partie adverse étant prévenue des vices de légalité depuis le rapport de l'Auditorat et d'autres arrêts similaires relatifs à d'autres administrations bruxelloises, devant s'équiper des outils et méthodes permettant d'actualiser son cadre rapidement et restant à défaut d'établir un péril pour la continuité du service public).

<sup>113</sup> Sur ce dernier point, rapp. J. BOURTEMBOURG, *op. cit.*, *La Tribune*, 28 février 2014, n° 9.

<sup>114</sup> La question se pose, par exemple, de savoir comment le Conseil d'État va balancer l'intérêt de la partie requérante avec celui de la partie intervenante (J. BOURTEMBOURG, *op. cit.*, *Publicum*, 2013, n° 15, n° 6, p. 35).



exprimer dans son acte de candidature le souhait d'être redésignée dans l'établissement concerné (« élément de fait qu'un arrêt d'annulation ne saurait de toute manière pas effacer »).

Pour le Conseil d'État, selon une lecture littérale de l'arrêt, la situation serait exceptionnelle dans la mesure où la situation n'est pas celle que connaissent généralement les candidats qui contestent devant le Conseil d'État la régularité de désignations à titre temporaire, à savoir celle d'une désignation dans un autre établissement. Quant à la nécessité de la mesure, elle n'a pas été formellement constatée dans l'arrêt.

28. Du point de vue procédural, il peut paraître étonnant d'autoriser le Conseil d'État à tenir compte des intérêts des tiers sans permettre à ceux-ci de se manifester pour demander, soutenir ou critiquer le maintien d'effet(s), selon le cas, et seulement dans l'hypothèse où une partie requérante ou intervenante l'aura demandé puisque le maintien d'effet(s) ne peut pas être soulevé d'office<sup>115</sup>. En particulier, comment le Conseil d'État pourra-t-il tenir compte de l'intérêt des tiers sans même avoir entendu leur point de vue<sup>116</sup> ? La procédure est organisée par le Règlement de telle manière que le débat n'aura lieu qu'entre parties et à la demande de celles-ci, au plus tard dans le dernier mémoire, sans par exemple prévoir l'information de tiers identifiés à ce moment, en cours d'instruction, pour qu'ils puissent faire valoir leurs arguments. Pourtant, le texte de loi pouvait laisser entendre ou espérer<sup>117</sup> que les choses se produiraient en deux temps : celui de l'annulation – d'abord décidée puisque l'on parle d'actes *annulés* et non d'actes que l'on envisage d'annuler – et celui du maintien par une *décision spécialement motivée sur ce point* – distincte de l'arrêt d'annulation. En même temps, permettre à des tiers d'intervenir à ce stade leur ferait perdre *per se* la qualité de tiers dont les intérêts pourraient être pris en compte. La nouvelle mouture de l'article 14<sup>ter</sup> pourrait en définitive inciter les tiers intéressés à intervenir davantage dès l'entame de la procédure pour pouvoir peser sur un éventuel maintien d'effet(s).

Tel n'a pas été le cas de l'occupant d'un immeuble waimois frappé d'une décision maïorale ordonnant son évacuation immédiate, la réalisation de travaux et l'interdiction de toute occupation dans l'intervalle, le tout sans que le propriétaire de celui-ci n'ait été préalablement entendu et sans

établir le bien-fondé de l'urgence alléguée. Ayant probablement senti le roussi à la lecture du rapport de l'auditeur, la partie adverse demandait le maintien d'effets de sa décision dans l'intérêt de l'occupant dont la présence avait été constatée par un huissier de justice dans le cadre de l'exécution forcée d'un jugement visant la suppression d'une infraction en matière urbanistique distincte. Par un arrêt *Herbrand*, n° 235.378, du 7 juillet 2016, le Conseil d'État a considéré que « [l']invocation par la commune de l'intérêt d'un tiers à ne pas être autorisé à demeurer dans l'immeuble et, même, à être contraint à le quitter sur le champ, ne peut être admis dès lors que cet argument se fonde sur un rapport établi de manière unilatérale par un huissier de justice, rapport qui, en outre, a été établi dans le cadre d'une autre procédure que celle qui fonde le présent recours et qui, de plus, n'a pas été déposé par la partie adverse, mais simplement cité dans la demande sans assurer le caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil d'État. La partie adverse ne démontre en tout état de cause pas que l'intérêt du tiers qu'elle prétend ainsi défendre correspond bien, d'une part, à l'intérêt même dont pourrait se prévaloir le tiers en question, à savoir l'occupant de l'immeuble, alors même que ce dernier, comme l'a fait valoir le requérant dans ses observations, ne semble pas disposer d'un autre lieu de refuge couvert et que, d'autre part, la partie adverse n'établit pas, et ne fait même pas valoir, qu'elle aurait ou serait prête à procurer, par elle-même ou par l'intermédiaire de son C.P.A.S., un autre gîte couvert à cet occupant. Ce premier argument ne peut donc pas être retenu à l'appui de la demande de maintien des effets de l'acte annulé ». À travers cet arrêt, l'on perçoit toute la difficulté d'apprécier l'intérêt d'un tiers absent du débat.

29. Selon certains, la référence aux intérêts des tiers ferait écho à la faculté pour le juge d'excepter de l'application du maintien d'effet(s) les justiciables qui ont introduit, dans les délais, un recours en annulation contre le règlement litigieux, si le Conseil d'État l'estime nécessaire en fonction des circonstances de l'espèce, voire plus généralement la partie intervenante à l'appui de l'annulation ou toute personne ayant réclamé contre l'acte en cause dans les délais impartis<sup>118</sup>. Pour mémoire, cette faculté, en ce qui concerne la requérante, avait été épinglée par la Cour constitutionnelle en son temps<sup>119</sup>. À

<sup>115</sup> Dans ce sens, S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, R.W., 2014-15, n° 20, p. 774, n°s 37-42, laquelle estime cette exigence incongrue dès lors que le pouvoir de moduler les effets des décisions de justice serait consubstantiel à la fonction de juger.

<sup>116</sup> Dans le même sens, J. BOURTEMBOURG, *op. cit.*, *La Tribune*, 28 février 2014, n° 9.

<sup>117</sup> A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 120.

<sup>118</sup> D. RENDERS et B. GORS, *op. cit.*, *Publicum*, n° 15, 2013, p. 31 ; B. GORS et L. VANSNICK, in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 112, p. 596 ; D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 68, pp. 154-155.

<sup>119</sup> C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.9.3, 2<sup>e</sup> phrase. Pour une critique, voy. S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, R.W., 2014-15, n° 20, n°s 32-33, pp. 772-773.



bien le considérer, l'écho en question est cependant à ce point faible et imprécis dans le texte qu'il pourrait bien rester inaudible pour la juridiction administrative. Ce n'est pas qu'il n'y ait pire sourd que celui qui ne veut pas entendre. Dans son libellé actuel, il faut reconnaître que l'article 14<sup>ter</sup> n'offre pas même implicitement cette faculté au juge administratif<sup>120</sup>, fût-ce entre les lignes. Seule la voie internationale pourrait permettre de compléter le texte pour imposer ces vues en mobilisant par exemple le droit d'accès effectif à un tribunal consacré par l'article 6 de la C.E.D.H.<sup>121</sup> pour autant que l'on entre dans son champ d'application matériel.

**29bis.** La prise en compte de l'intérêt des tiers permet parfois au Conseil d'État d'apprécier la légitimité d'une demande de maintien d'effet(s). Dans une affaire récente, la partie intervenante postulait le maintien partiel des effets du permis d'urbanisme attaqué en ce que celui-ci octroyait la régularisation d'infractions urbanistiques relatives à l'exploitation d'une salle de danse (ou discothèque) depuis plusieurs années, à l'exclusion des travaux qu'elle projetait de réaliser, « jusqu'à réfection de l'acte annulé ou pour une période ne dépassant pas douze mois » sous peine de faillite, de péril pour la mise en place d'un musée et le maintien d'une concession de la ville de Bruxelles. Par un arrêt *Timperman-Schonberg*, n° 234.449, du 20 avril 2016, le Conseil d'État souligne que « dans l'appréciation qu'il porte à ce sujet, il doit tenir compte des nécessités du service public et de l'intérêt de la sécurité juridique, particulièrement dans le chef des tiers » (nous soulignons). Deux éléments vont le conduire à rejeter la demande. Ils sont liés entre eux. Premièrement, l'absence d'attentes légitimes que l'intervenante pouvait nourrir au maintien de la situation existante jugée manifestement illégale. Deuxièmement, la situation de l'immeuble litigieux dans un site classé et dans un site proposé au réseau Natura 2000 dont il résulte que « le souci de garantir l'intégrité de ce site devrait entraîner, plutôt que le maintien des effets sollicité, la suspension temporaire de l'exploitation tant que n'aura pas été vérifiée de manière appropriée l'innocuité de celle-ci au regard des exigences de la préservation du site ; (...) par ailleurs, même si elle peut, dans certains cas, entraîner des conséquences positives, l'exploitation commerciale d'une discothèque ne corres-

pond pas à une activité dont la finalité première serait de servir l'intérêt général ; (...) il n'existe donc en l'espèce aucun impératif d'intérêt général justifiant qu'il soit dérogé au principe de légalité ». La circonstance que la réglementation en la matière ait été prise dans le cadre de la transposition d'une directive européenne a été jugée aggravante dès lors qu'il résulte de l'examen du moyen qu'il n'est pas assuré que l'acte attaqué ait été adopté sur la base d'une évaluation appropriée des incidences du projet susceptible d'affecter de manière significative le site concerné situé dans une zone spéciale de conservation eu égard aux objectifs de conservation de ce site conformément aux exigences de l'article 6, § 3, de la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

## V. QUAND ET SELON QUELLES MODALITÉS ?

**30.** Trois modalités ponctuent la décision de maintien d'effet(s) : une demande émanant d'une partie adverse ou intervenante, un débat contradictoire et une décision spécialement motivée sur ce point. Il est par ailleurs prévu que le Conseil d'État procède par voie de disposition générale en ce qui concerne les règlements.

**31.** Une **demande préalable** est nécessaire, émanant d'une partie adverse ou intervenante à l'exclusion de toute autre ou du juge lui-même qui ne peut procéder d'office, comme indiqué précédemment. L'article 14, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État précise que « [l]a demande visant au maintien des effets de l'acte ou du règlement attaqué, en application de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées, est formulée au plus tard dans le dernier mémoire. Cette demande doit être motivée. Lorsqu'elle est introduite pour la première fois dans un dernier mémoire, les autres parties peuvent faire valoir leurs observations écrites dans un délai de trente jours à dater de la notification de ce dernier mémoire. Le membre de l'Auditorat désigné rédige dans les quinze jours un rapport complémentaire limité à cet objet. Ce rapport est joint à la convocation ».

Tout comme la décision, la demande doit donc être motivée sur ce point<sup>122</sup> (elle doit établir que

<sup>120</sup> J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, n°s 31-35, pp. 117-121 ; D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PAQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 73, p. 157.

<sup>121</sup> Voy. en ce sens D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PAQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 73, pp. 157-158.

<sup>122</sup> L'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées aurait pu le préciser directement comme il l'a fait pour la décision. Le Conseil d'État l'exigeait déjà auparavant. Voy. C.E., *vzw Federatie van de rustoorden van België*, n° 133.270, 29 juin 2004, sans décider pour autant à l'irrecevabilité : « l'article 14<sup>ter</sup> implique (...) l'indication, par la partie défenderesse, des effets qu'elle désire

les conditions du maintien sont remplies pour un ou des effets déterminés) et intervenir au plus tard dans le dernier mémoire. Est-ce à dire que la demande doit figurer dans un mémoire nécessairement, mémoire en réponse, mémoire en intervention ou dernier mémoire puisque les parties requérantes ne peuvent pas la formuler ? Ni la loi ni l'arrêté ne le prescrivent. Ils ne l'interdisent pas non plus. Une lettre recommandée ou déposée au dossier électronique devrait par conséquent pouvoir faire l'affaire, sous réserve d'une interprétation plus stricte du Règlement de procédure<sup>123</sup>, ladite lettre ne pouvant être simultanée au dernier mémoire puisque, le cas échéant, la demande doit littéralement être formulée dans celui-ci. Le mélange des deux dimensions temporelle et spatiale n'est guère heureux mais ne devrait pas porter à conséquences dès lors qu'il devrait être considéré que même par lettre recommandée le but prescrit par la formalité non prescrite à peine de nullité aura été atteint<sup>124</sup>.

À l'époque où la demande pouvait être formulée oralement à l'audience, ce qui n'est plus le cas depuis la réforme, le Conseil d'État avait considéré que celle-ci devait « être circonscrite et informer de manière complète le juge sur les conséquences concrètes craintes en cas d'annulation, sur les raisons pour lesquelles en dépit de l'illégalité constatée, les effets de la disposition réglementaire doivent être maintenus temporairement ou définitivement, sur le délai qui justifie de le maintenir temporairement et sur la manière dont ce maintien doit être formulé le plus adéquatement »<sup>125</sup>. L'improvisation a encore diminué avec le délai imposé mais il reste évidemment souhaitable que la demande soit précise.

À noter que lorsque l'auditeur désigné conclut immédiatement à l'annulation dans le cadre de débats succincts ou d'un recours sans objet, selon l'article 93, paragraphe 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, « la partie adverse ou une partie intervenante peut, par une requête motivée, dans les quinze jours de la notification de ce rapport, demander l'application de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées. Cette demande est notifiée aux autres parties. Celles-ci peuvent faire valoir leurs observations écrites dans un délai de quinze jours. Le membre de l'Auditorat désigné rédige dans les quinze jours un rapport complémentaire limité à cet objet. Ce rapport est joint à la convocation ». Soit le président de la chambre partage les conclusions du rapport et l'affaire est définitivement tranchée, soit il estime que l'affaire n'est pas en état d'être tranchée définitivement et il la renvoie, le cas échéant, à la procédure ordinaire où une telle demande pourra être formulée à nouveau.

Il est à craindre que l'interdiction pour le Conseil d'État de mobiliser d'office le maintien d'effet(s) combiné avec le formalisme requis pour le demander privera le mécanisme d'une grande partie de son utilité. Car comment anticiper le moment auquel l'annulation interviendra, même au stade du dernier mémoire, circonstance dont peut pourtant dépendre l'intérêt de demander son application spécialement à l'égard de décisions individuelles ? L'on songe par exemple à l'hypothèse dans laquelle le Conseil d'État avait anticipé sa prérogative en reportant l'entrée en vigueur de l'annulation de nominations de professeurs à l'année scolaire suivante, comme évoqué plus haut au point 7.

**31bis.** À noter que dans l'arrêt *Malice*, n° 234.748, du 17 mai 2016, le Conseil d'État s'est saisi de l'outil du maintien d'effet(s) sans vérifiable demande préalable ni de la partie requérante ni de la partie intervenante ni même de la partie adverse qui observait seulement, dans son dernier mémoire, « qu'il n'y a pas lieu d'annuler la désignation litigieuse en ce qu'elle porte sur l'ensemble de l'année scolaire » considérée puisque la requérante avait bénéficié entre-temps d'une désignation dans un autre établissement pour plusieurs mois. Il semble que le Conseil d'État ait trouvé dans ces mots une demande implicite de la partie adverse puisqu'il relate expressément cette considération en précisant qu'elle a été formulée « tout en s'abstenant d'invoquer explicitement les dispositions de l'article 14<sup>ter</sup> des lois sur le Conseil d'État ». Il prend par ailleurs la peine de mentionner que l'intervenante n'a pas abordé « cette question d'une éventuelle limitation dans le temps des

voir maintenus, provisoirement ou définitivement, pour quelle période et pour quel motif ; (...) il ne se conçoit dès lors pas de demander purement et simplement le maintien de tous les effets sans restriction ». Par ailleurs, la demande doit être étayée par les éléments du dossier. Voy. récemment C.E., *Herbrand*, n° 235.378, 7 juillet 2016 : l'argument « selon lequel l'interdiction d'occupation de l'habitation ne porterait d'aucune manière atteinte à la prétendue activité commerciale dont le requérant fait état, ne repose (...) sur aucun élément de fait concret et est par ailleurs expressément contredit par le requérant qui déclare qu'il occupe à tout le moins le rez-de-chaussée pour son commerce de ferrailleur depuis plus de 40 ans, alors même que les dires du requérant semblent corroborés par certains éléments qui figurent dans les pièces produites par chacune des parties. Ce deuxième argument ne peut non plus être retenu ».

<sup>123</sup> Laquelle commanderait d'écarter un acte de procédure non expressément prévu, spécialement en présence d'alternatives admises. Par prudence, l'on privilégiera donc le mémoire pour introduire la demande. À noter que, récemment, une requête sur pied de l'article 14<sup>ter</sup> a parfaitement fait l'affaire (C.E., *Herbrand*, n° 235.378, 7 juillet 2016).

<sup>124</sup> C.E., *De Rouck*, n° 221.117, 22 octobre 2012. Voy. aussi parmi d'autres C.E., *S.A. Imprimerie des Éditeurs*, n° 11.707, 18 mars 1966 ; C.E., *de Marneffe*, n° 14.182, 19 juin 1970 ; C.E., *Tielemans et Stockmans*, n° 21.456, 15 octobre 1981 ; C.E., *Cravillon*, n° 34.901, 16 mai 1990 ; C.E., *Darville*, n° 190.728, 20 février 2009 ; C.E., *Herremans*, n° 203.284, 26 avril 2010 ; C.E., *Delbrouck*, n° 174.722, 20 septembre 2007 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 403.

<sup>125</sup> C.E., *Claeys*, n° 217.996, 15 février 2012.

effets d'un arrêt d'annulation à intervenir » et que la requérante, en revanche, a rejeté « la position de la partie adverse ». En introduction, il précise également qu'un rapport a été établi sur la base de l'article 14, alinéa 3, du règlement général de procédure. Probablement celui-ci abordait-il la question d'office, le cas échéant en violation du texte de loi ?

**32. Un débat contradictoire** doit précéder la décision, au risque d'énoncer une évidence sous l'angle de l'article 6 de la C.E.D.H. En principe, aucune réouverture des débats ne s'impose désormais puisque des observations écrites sont proposées et un rapport complémentaire requis et que le maintien d'effet(s) ne peut plus être soulevé d'office. Si seul le rapport complémentaire semble limité à l'objet du maintien d'effet(s), il serait évidemment anormal que les observations écrites puissent, quant à elles, déborder du sujet.

**33. Une décision « spécialement motivée** sur ce point » doit également intervenir. Il s'agit de justifier que les conditions pour le maintien d'effet(s) sont remplies, c'est-à-dire en quoi celui-ci est nécessaire, quelles sont les raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de légalité et de quelle manière les intérêts en présence ont été pris en compte parmi lesquels, éventuellement, celui des tiers. L'exigence tranche – à dessein probablement – avec les formules de style habituellement utilisées par le Conseil d'État en matière réglementaire ou par la Cour constitutionnelle<sup>126</sup>. La motivation doit être concrète, selon les éléments du dossier. L'entorse au principe de légalité et le pouvoir d'appréciation conféré sont tels que l'obligation de motivation méritait d'être renforcée<sup>127</sup>.

À noter qu'il n'est pas requis que tous les moyens soient examinés avant de décider d'un maintien d'effet(s) afin de déterminer le délai approprié pour remédier au manquement<sup>128</sup>.

**34.** Le texte précise enfin que la section du contentieux administratif du Conseil d'État procède « **par voie de disposition générale** » en ce qui concerne les règlements. L'avant-projet avait purement et simplement supprimé cette mention<sup>129</sup> qui figurait pourtant dans l'ancienne version de l'article 14<sup>ter</sup>, laquelle ne concernait que les actes réglementaires. La section de législation avait observé « qu'il n'est pas certain que

pareille omission se justifie à l'égard du « maintien des effets » d'un règlement annulé », invitant à compléter le commentaire de la disposition sur ce point, en tenant compte de ce que la mention figure à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et indirectement que la Cour constitutionnelle avait déjà observé que la voie retenue visait à éviter toute discrimination entre les justiciables<sup>130</sup>. Le Gouvernement a préféré revoir le projet dans ce sens, pour tenir compte du caractère réglementaire des actes concernés et de la symétrie avec les pouvoirs de la Cour constitutionnelle.

Il est difficile de déterminer la signification précise de cette mention. Si elle vise à investir le Conseil d'État du pouvoir de réglementer dans le cas précis – plus exactement du pouvoir d'arrêter que le règlement concerné continuera à s'appliquer à tous ceux auxquels il a vocation à s'appliquer durant un temps déterminé –, alors il est étonnant qu'en ce qui concerne les actes individuels, l'article 14<sup>ter</sup> ne précise pas de façon symétrique que le Conseil d'État est nanti du pouvoir de décider individuellement « par voie de disposition spéciale » par exemple, les dispositions générales et abstraites se distinguant traditionnellement des dispositions spéciales et concrètes. En effet, l'on ne peut pas ignorer qu'une décision individuelle n'a pas d'effets qu'à l'égard de son destinataire exclusivement. Le cas échéant, l'oubli d'une mention comparable en ce qui concerne les actes individuels pourrait être lourd de conséquences, sauf évidemment à interpréter le texte de façon conciliante, par exemple en considérant la mention comme superflète et en déduisant l'effet normatif de la notion même de maintien d'effet(s)<sup>131</sup>.

À notre estime, cependant, le maintien d'effet(s) ne peut pas être assimilé au pouvoir de réglementer ou de décider. Lorsqu'il décide de maintenir des effet(s) d'un acte annulé, le Conseil d'État module l'annulation qu'il vient de prononcer, ni plus ni moins. Il ne réglemente ni ne décide à proprement parler. Il ne peut d'ailleurs pas changer le contenu de la réglementation ou de la décision, le principe général de la séparation des pouvoirs s'y opposant formellement. Il met seulement ses pas dans ceux de l'auteur de l'acte dont il n'efface que certaines empreintes. Par conséquent, la signi-

<sup>126</sup> Voy. égal. S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, R.W., 2014-15, n° 20, pp. 774-776, n° 36.

<sup>127</sup> Dans le même sens, D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, n° 67, p. 154.

<sup>128</sup> Spécialement lorsque le maintien demandé n'est pas lié aux moyens examinés et qu'il n'est pas démontré qu'un moyen non examiné (en l'occurrence par le rapport de l'auditeur) emporterait une annulation plus étendue : C.E., *Decorte et crts*, n° 228.693, 7 octobre 2014.

<sup>129</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 72.

<sup>130</sup> S.L.C.E., avis n° 53.317/AG, du 11 juin 2013, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 100. Voy. C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.9.3, 2<sup>e</sup> phrase. À noter que la Cour avait observé que « [s]il l'estime nécessaire, en fonction des circonstances de l'espèce, le Conseil d'État peut néanmoins excepter du maintien des effets du règlement annulé les justiciables qui ont introduit, dans les délais, un recours en annulation contre ce règlement litigieux et ceci dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination ».

<sup>131</sup> Ou encore en déduisant *a contrario* de la mention la nature spécifique du maintien d'effet(s) s'agissant d'une décision individuelle.



fication de la mention « par voie de disposition générale » doit être cherchée ailleurs, et peut-être du côté (impropre) de l'opposabilité du maintien d'effet(s), spécialement à l'égard des tiers, ou de son effet légal. Le cas échéant, elle pourrait paraître surabondante dès lors que le maintien d'effet(s) semble avoir cette portée par définition<sup>132</sup> en matière réglementaire, et qu'en toute hypothèse il bénéficie de l'autorité absolue de la chose jugée inhérente aux arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'État, tant en matière réglementaire qu'à l'égard des décisions individuelles : ledit maintien figure en effet expressément dans le dispositif des arrêts concernés<sup>133</sup> publié au *Moniteur belge* en matière réglementaire<sup>134</sup>. Dans cette éventualité et du fait de la mention, le doute est néanmoins une nouvelle fois permis en ce qui concerne les effets du maintien d'effet(s) d'actes individuels puisque ceux-ci ne sont pas visés par la voie de disposition générale et le dispositif de l'arrêt les concernant n'est pas publié : faut-il en déduire que l'autorité de la chose jugée est relative dans ce cas ? Elle n'est en tous cas pas « générale » et l'on revient à l'instant sur ce point en discutant des effets du maintien, non sans avoir souligné une nouvelle fois l'ambiguïté prégnante sur ce point inhérente à la rédaction du texte de l'article 14ter. Non sans avoir pris soin de préciser également au passage, pour compléter le raisonnement, que l'autorité absolue de la chose jugée des arrêts d'annulation du Conseil d'État procède seulement d'un principe général de droit de nature à céder le pas devant une norme de valeur législative<sup>135</sup> et donc devant l'article 14ter interprété dans ce sens. Le cas échéant, la mention commentée va jusqu'à semer le doute quant au statut lui-même de l'annulation à propos duquel la loi ne précise rien du tout, depuis toujours. La réforme était l'occasion de réconcilier le texte et les principes sur ce point, par souci de sécurité juridique. Inopportunité, il n'en a rien été et l'autorité des arrêts du Conseil d'État en général reste par conséquent livrée en pâture à l'argumentation.

## VI. AVEC QUELLE PORTÉE ?

**35.** L'idée du maintien d'effet(s), selon les travaux préparatoires, est que « l'on maintienne

<sup>132</sup> À la différence de la déclaration d'illégalité incidente, le maintien d'effet(s) d'un acte réglementaire semble par définition revêtir une « portée générale ».

<sup>133</sup> Voy. M. NIHOUL, *op. cit.*, 2010, resp. n° 5, pp. 218-220 et n° 30, pp. 269-270.

<sup>134</sup> Voy. par exemple C.E., *Jaspard*, n° 230.785, 3 avril 2015, *M.B.*, 21 mai 2015, p. 28150.

<sup>135</sup> Sauf à fonder sa valeur sur la sécurité juridique...

artificiellement en vie un acte illégal »<sup>136</sup>. Le mécanisme est en réalité plus complexe car sa portée est appelée à varier, selon les circonstances<sup>137</sup>, dans l'objet, dans le temps voire aussi dans son intensité<sup>138</sup>. Fondamentalement, cependant, par la magie du maintien, des effets de l'acte annulé demeurent<sup>139</sup>.

**36.** Dans son **objet**, d'abord, car tout l'acte n'est pas nécessairement concerné ; tous les effets de l'acte, en particulier, ne sont pas nécessairement visés en bloc<sup>140</sup>. Il appartient au Conseil d'État de déterminer « ceux des effets » qui seront maintenus. Tous les effets peuvent être concernés, ou certains et pas d'autres. Les effets peuvent être distingués, autrement dit, selon la matière (par exemple si les effets fiscaux d'un acte sont maintenus<sup>141</sup>), le destinataire (les effets à l'égard des tiers ou parties qui n'ont pas saisi la juridiction, par exemple, selon une *prospective overruling* du droit américain qui n'est ni exclue<sup>142</sup> ni imposée<sup>143</sup> par le texte et revient à « isoler les effets individuels de l'acte annulé »<sup>144</sup>), l'objet, la portée... Le

<sup>136</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/3, p. 9.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 29 : « en fonction des circonstances propres à la cause ».

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 32 : « être modulés dans le temps et dans leur portée ».

<sup>139</sup> Rapp. C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.6 : le règlement annulé demeure un règlement. Selon le Conseil d'État, le maintien confère une valeur juridique aux effets maintenus (rapp. C.E., *Debie*, 18 décembre 2009, n° 199.085). Les deux juridictions paraissent excessives dans leur propos dans la mesure où elles visent l'acte lui-même et non les effets maintenus.

<sup>140</sup> Voy. déjà C.E., *vzw Federatie van de rustoorden van België*, n° 133.270, 29 juin 2004, précité, par extrait, note 122.

<sup>141</sup> Rem. en matière réglementaire C.E., *asbl Ligue des droits de l'homme et crts*, n° 198.039, 19 novembre 2009 : « les effets de la disposition partiellement annulée sont maintenus à l'égard des enquêtes clôturées et des enquêtes en cours à la date de la notification du présent arrêt à la partie adverse » ; C.E., *Herman et crts*, n° 142.753, 1<sup>er</sup> avril 2005 : l'annulation « n'affecte pas la régularité des diplômes de géomètres-expert immobilier délivrés à l'issue de l'épreuve intégrée de la section "Gradué géomètre-expert immobilier" organisée dans l'enseignement de promotion sociale en vertu de l'arrêté annulé ».

<sup>142</sup> Le cas échéant, le risque de discrimination est faible sur le plan juridique, les personnes se trouvant dans une situation différente (C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, B.9.3, 2<sup>e</sup> phrase). Il semble toutefois que le Conseil d'État n'ait pas encore procédé de la sorte (A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 103) précisément parce que le maintien des effets d'un acte individuel est par nature discriminatoire. La faculté d'intervenir lors du recours est parfois opposée en jurisprudence pour « refuser cette contre-exception au tiers au procès », ce qui exclut cependant les citoyens qui auraient saisi le pouvoir judiciaire. Voy. not. R. ANDERSEN, *op. cit.*, 2010, n° 19, pp. 393-394 ; Fr. TULKENS, *op. cit.*, *J.T.*, 2012, n° 21, p. 742 ; C.E., *asbl Femarbel*, n° 133.269 et 133.270, 29 juin 2004.

<sup>143</sup> J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, n° 31-35, pp. 117-121. L'auteur met en évidence le débat selon lequel une telle possibilité serait exclue en matière réglementaire dès lors que le Conseil d'État agit par voie de disposition générale, le cas échéant (voy. S. VERSTRAELEN, « Het eerste gewin is kattengespin. De onzekere toekomst van artikel 14ter RvS-wet », note sous C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, *T.B.P.*, 2012, p. 359). Le droit à une protection juridique effective ne garantit en tous cas pas un droit d'exception pour celui qui a porté le débat en justice parce qu'il était mieux conseillé, conformément aux articles 6 et 13 de la C.E.D.H. Tous méritent une protection juridique effective et tous doivent subir les circonstances exceptionnelles lorsqu'elles se présentent. D'autant qu'il n'est pas exclu que de nombreux voire tous les destinataires de l'acte aient introduit un recours, auquel cas le maintien d'effet(s) serait privé d'effet utile.

<sup>144</sup> Rapp. M.-F. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée », *J.T.*, 1986, p. 591, n° 16.



Conseil d'État veillera, le cas échéant, à être suffisamment précis dans son dispositif.

La marge de manœuvre du juge administratif est très large à cet égard, voire illimitée. Certes, le Conseil d'État s'expose à la commission de discriminations en choisissant les effets de l'acte concernés, ce qui n'est toléré pour aucune autorité législative ou administrative agissant par voie de disposition générale. Mais son choix n'est susceptible d'aucun recours, sous réserve des instances internationales, sans oublier que les juridictions ne sont pas soumises aux principes d'égalité et de non-discrimination lorsqu'elles font œuvre de justice, auquel cas elles ne pourraient rendre celle-ci. Sauf lorsqu'elles statuent par voie de disposition générale ? Il eût été indiqué de le préciser, le cas échéant.

Chaque effet peut être concerné, enfin, sans que son illégalité soit requise, pourvu que l'acte ou la disposition de l'acte le contenant soit annulé(e). Les travaux préparatoires pourraient induire en erreur sur ce point<sup>145</sup>. « L'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État n'envisage pas l'hypothèse d'une "annulation partielle" mais permet, dans certaines conditions, de tempérer les effets d'un éventuel arrêt d'annulation »<sup>146</sup>. En pratique, en matière réglementaire, le maintien semble porter généralement sur l'acte dans son ensemble sans distinguer tel(s) effet(s) en invitant l'autorité à agir dans un délai déterminé<sup>147</sup>.

37. La portée du maintien d'effet(s) est appelée à varier dans le **temps**, ensuite, car celui-ci n'est pas prédéterminé. Il peut être définitif ou temporaire, pour un délai que le Conseil d'État détermine. Il ne porte pas seulement sur les effets passés, contrairement à ce qui a été indiqué dans

les travaux préparatoires<sup>148</sup>. Dans l'absolu, le texte n'interdit même pas qu'il n'ait pas d'effet rétroactif bien qu'il vise à court-circuiter une annulation avant tout rétroactive et qu'en pratique il sera très difficile de justifier que des effets soient maintenus pour le futur et non pour le passé alors que ce sont les situations passées qui subissent en principe le plus l'aléa de l'annulation. Nonobstant, l'effet rétroactif n'est qu'un des aspects auxquels il peut être dérogé. Il s'agit en effet de « limiter les effets d'un arrêt d'annulation, par exemple en ne conférant pas d'effet rétroactif à l'annulation »<sup>149</sup>.

Avec le recul, le Conseil d'État pourrait parfaitement maintenir certains effets de manière définitive et d'autres de façon temporaire. Le maintien est modulable, autrement dit, selon les effets « retenus ». Dans l'absolu, le délai de maintien pourrait même être discontinu si le besoin s'en faisait sentir. Une telle opération serait cependant éminemment délicate.

À vrai dire, le maintien d'effets d'un acte illégal – en l'occurrence annulé – n'est pas inconnu en droit administratif devant le Conseil d'État dans la gamme des actes individuels puisque tel est précisément l'effet de l'acte administratif devenu définitif. Avec le maintien d'effet(s), le niveau de sécurité juridique est simplement augmenté d'un cran.

Le maintien temporaire permettra parfois à l'autorité de rétablir la légalité en arrêtant une date soit pour le maintien définitif des effets antérieurs, soit jusqu'à laquelle les effets sont maintenus (prononcé, publication de l'arrêt, date ultérieure...).

Il va de soi que la modulation d'effet(s) maintenu(s) doit être adéquate et proportionnée selon les circonstances et en particulier adaptée à la nécessité de la mesure et aux raisons exceptionnelles qui ont justifié de porter atteinte au principe de légalité. En cas de doute, la mesure la moins attentatoire sera retenue, c'est-à-dire la mesure temporaire la plus provisoire possible<sup>150</sup>. Le maintien d'effet(s) n'est pas destiné à suppléer la réfection<sup>151</sup>. Et il ne peut accorder un délai pour celle-ci que si l'annulation est de nature à avoir des effets insurmontables et disproportionnés. C'est en substance ce qu'a décidé le Conseil d'État avec l'arrêt *Herbrand*, n° 235.378, du 7 juillet 2016, en considérant que le maintien d'effets de l'interdiction d'occupation d'une

<sup>145</sup> « Dans les projets importants dont un aspect partiel est contesté, le Conseil d'État pourra ainsi maintenir les éléments dans lesquels aucune irrégularité n'a été constatée, de telle sorte que l'ensemble de la décision relative au projet ne devra pas être annulé » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/3, discussion, p. 32, précité). Voy. aussi *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 3233/4, discussion, p. 18, précité : « Le Conseil d'État aurait en quelque sorte la possibilité de procéder à une annulation partielle d'une décision sans devoir pour autant annuler les points corrects de cette même décision ». Ces considérations appellent de nettes réserves. Non seulement la survie de dispositions non annulées ne requiert nullement le maintien d'effet(s) (*supra*, note 78), mais en cas d'annulation de l'acte les effets liés à des éléments irréguliers peuvent être maintenus comme ceux liés à des éléments réguliers. Il n'est nullement requis que les effets concernés soient intrinsèquement illégaux. Tout au plus peut-on considérer que la détermination de ceux des effets qui seront maintenus se rapproche d'une annulation partielle (et des problèmes qu'elle suscite en termes de réformation et de séparation des pouvoirs dont dérive son interdiction), en ce que seuls certains effets de la norme annulée (souvent liés à des parties de celle-ci) subsisteront. À noter que si le Conseil d'État considère que les effets des dispositions annulées sont indissociablement liés à celles qui subsistent, il peut étendre au besoin d'office le recours à celles-ci (C.E., *U.P.S.I. et crts*, n° 194.193, 15 juin 2009).

<sup>146</sup> C.E., *s.a. Sagevas et crts*, n° 231.158, 7 mai 2015.

<sup>147</sup> Par exemple C.E., *Jaspard*, n° 230.785, 3 avril 2015.

<sup>148</sup> « [N]on pas le maintien de l'acte dans le circuit, mais bien son maintien pour le passé. Ce qui a été fait a été fait. Ce n'est que pour l'avenir que l'on tire les conséquences de l'annulation prononcée » (Sénat, n° 5-2277/3, pp. 9-10). *Adde* Projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 5.

<sup>149</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 53-3233/004, p. 11. Nous soulignons.

<sup>150</sup> Dans ce sens sous l'ancien régime, C.E., *asbl Inter-environnement Wallonie et asbl Terre wallonne*, n° 210.483, 18 janvier 2011 : « la période strictement nécessaire à la réfection de cet acte ».

<sup>151</sup> D. RENDERS et B. GORS, *op. cit.*, *Publicum*, n° 15, 2013, p. 31.

habitation durant 6 mois de manière à permettre à l'autorité de remédier au non-respect du principe général *audi alteram partem* et de prendre une nouvelle décision en la matière « ne s'inscrit pas dans le cadre de l'objectif poursuivi par l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État et ne constitue en tout état de cause pas une "raison exceptionnelle" au sens de cette disposition, l'annulation de l'acte n'étant par hypothèse pas de nature à avoir des "effets insurmontables et disproportionnés" ».

38. La portée du mécanisme est appelée à varier en **intensité**, enfin, laquelle pose notamment la question de l'opposabilité, de l'effet légal et de l'autorité de la chose jugée du maintien d'effet(s) de l'acte individuel dès lors que, comme constaté plus haut, celui-ci ne procède pas, quant à lui, *par voie de disposition générale*. Pas de voie générale, pas de portée générale ni d'autorité légale, pourrait-il en être déduit<sup>152</sup>, conformément au principe de l'effet utile des mentions ou omissions légales.

Cette question est déterminante car en dépend le droit – surtout pour les tiers mais aussi pour celui qui a porté le recours – d'invoquer encore l'illégalité de l'acte devant les juridictions internes à l'appui d'une demande visant tantôt à refuser d'appliquer l'acte dans son effet maintenu en invoquant directement l'article 159 de la Constitution, tantôt à mettre en cause la responsabilité de l'auteur de l'acte annulé et obtenir une indemnisation devant les cours et tribunaux judiciaires conformément aux articles 1382 et suivants du Code civil, tantôt à obtenir une indemnité réparatrice devant le Conseil d'État en vertu de l'article 11<sup>bis</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Telles sont les trois conséquences principales d'une illégalité constatée en matière administrative, envisagées dans la présente contribution.

39. Selon l'interprétation donnée par le Conseil d'État à l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>153</sup>, validée par la Cour constitutionnelle sur le plan constitutionnel, le maintien d'effet(s) de l'acte annulé serait incompatible avec le **refus d'application**. Il emporterait nécessairement une restriction du contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes administratifs. Il priverait le justiciable d'obtenir que les cours et tribunaux écartent l'application d'un arrêté réglementaire que le Conseil d'État a annulé mais dont les effets ont été maintenus, alors qu'une telle faculté est ouverte au justiciable lorsqu'il n'a pas été fait application de l'article 14<sup>ter</sup>. Cette interprétation ne serait pas contraire aux articles 10,

11 et 13, combinés avec l'article 159, de la Constitution<sup>154</sup>. L'article 159 de la Constitution ne permettrait donc pas d'échapper aux effets de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>155</sup>.

Sous réserve de la légalité du procédé sous l'angle de la hiérarchie des normes<sup>156</sup>, il faut reconnaître que refuser l'application d'un effet de l'acte alors que cet effet a été expressément maintenu revient à priver d'effet le maintien d'effet. Seul l'effet maintenu est concerné par cette observation et non nécessairement l'acte dans son ensemble puisqu'il est attendu de la part du juge qu'il limite autant que possible le maintien aux effets requis par l'impératif de sécurité juridique. Le cas échéant, il ne peut être question de refuser l'application des effets non maintenus puisque les concernant, l'acte a été annulé. Pour le reste, refuser d'appliquer l'effet définitif ou maintenu d'un acte annulé reviendrait à priver d'effet utile le maintien d'effet(s). Refus d'application et maintien d'effet(s) seraient donc antinomiques.

40. Ce constat semble relever du bon sens et, pourtant, il n'est pas certain qu'il sera partagé par les cours et tribunaux judiciaires. La position de ceux-ci à l'égard des actes administratifs devenus définitifs peut en tous cas le laisser présager. L'acte administratif définitif désigne celui qui n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État dans les délais impartis. Selon le Conseil d'État, la légalité de l'acte administratif individuel devenu définitif ne peut plus être mise en cause même par la voie de l'exception d'illégalité consacrée à l'article 159 de la Constitution. Les effets de l'acte définitif sont donc à considérer comme définitifs malgré l'illégalité de l'acte. Ils sont en quelque sorte maintenus. Tel n'est pas le point de vue des cours et tribunaux qui, quant à eux, acceptent de contrôler la légalité de tels actes pourvu que le délai de prescription applicable selon l'objet de la demande le permette<sup>157</sup>.

<sup>154</sup> C. const., n° 18/2012, 19 février 2012, nos B.8.1 à B.9.4 et B.10.1. *Adde* C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.1.

<sup>155</sup> La solution inverse était parfois prônée en doctrine. Voy. not. D. RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.*, 2002, pp. 761-765 ; « L'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État face à l'article 159 de la Constitution », obs. sous C.E., *Debie*, n° 199.085, 18 décembre 2009, *J.T.*, 2010, pp. 177-179 ; D. RENDERS, Th. BOMBOIS, B. GORS, Ch. THIÉBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 291-297 ; S. LUST, *Raad van State, Afdeling administratie*, 6. Rechtsherstel door de Raad van State, Bruges, La Chartre, 2000, pp. 241-252 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Limal, Anthémis, 2011, pp. 580-596. En faveur de cette thèse, voy. not. R. ANDERSEN, *op. cit.*, 2010, pp. 381-395 ; N. BONBLED, H. BORTELS, Th. DREIER, V. OST et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2012, p. 259.

<sup>156</sup> Voy. *supra*, n° 6.

<sup>157</sup> Rem. M. UYTENDAELE, « La nomination irrégulière des membres du C.S.J. et la bouteille à encre de l'article 159 de la Constitution », *J.T.*,

<sup>152</sup> Rapp. J. BOURTEMBOURG, *op. cit.*, *La Tribune*, 28 février 2014, n° 10.

<sup>153</sup> Voy. en particulier C.E., *Debie*, 18 décembre 2009, n° 199.085.

Le Conseil d'État lui-même partage cette conception en matière réglementaire lorsqu'il exerce un contrôle de légalité incident sur les règlements devenus définitifs ou qui ne peuvent plus faire l'objet en tant que tels d'un recours en annulation. Il déroge par ailleurs au caractère définitif de l'acte individuel en présence d'une opération administrative complexe.

Certes, ces deux limites ne valent pas en ce qui concerne le maintien d'effet(s), l'acte réglementaire étant directement visé par l'article 14<sup>ter</sup> qui n'évoque pas, par ailleurs, l'hypothèse de l'opération administrative complexe. Il n'empêche qu'à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée à propos de la portée du maintien d'effet(s) sur l'article 159 de la Constitution. Compte tenu de sa jurisprudence à propos de l'acte définitif, il n'est pas exclu qu'elle tranche dans un sens différent de celui du Conseil d'État<sup>158</sup>. L'inverse serait même d'une certaine manière étrange voire incohérent. En cela, elle ne méconnaîtrait pas nécessairement la jurisprudence constitutionnelle dans la mesure où celle-ci porte sur l'interprétation faite par le Conseil d'État des dispositions concernées, validée au regard des dispositions précitées. En ce qui concerne la position judiciaire, la curiosité est donc de mise<sup>159</sup>.

À noter qu'il y a une différence de taille entre l'acte définitif et le maintien d'effet(s). Ce dernier est décidé par un juge qui prend à cet égard une décision de justice dotée de l'autorité de la chose jugée<sup>160</sup>. Rien de tel avec l'acte définitif qui procède seulement de l'écoulement du délai de recours, régulièrement constaté par le Conseil d'État dans un arrêt (de rejet). Acte définitif et maintien d'effet(s) procèdent en revanche tous deux de la loi puisque, selon le Conseil d'État, le caractère définitif de l'acte puise sa source dans les lois coordonnées qui prévoient un délai de recours dont l'effet utile serait méconnu si l'article 159 de la Constitution permettait de le remettre en cause, même si lesdites lois ne distinguent nullement l'acte individuel du règlement sur ce point.

2013, pp. 782-783. L'auteur invite le constituant ou le législateur à sécuriser davantage les décisions individuelles même illégales en imposant un délai de contestation devant le pouvoir judiciaire à l'instar de ce qui est pratiqué par le Conseil d'État. Voy. cependant X. DELGRANGE, « La Cour de cassation refuse le contrôle de légalité incident lorsqu'un recours est ouvert devant une juridiction administrative, ballon d'essai ou erreur sans lendemain ? », note sous Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 11 mars 2015, *A.P.T.*, pp. 511-521. L'auteur montre que tel n'est pas le sens de l'histoire.

<sup>158</sup> Voy. aussi A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 116 ; B. GORS et L. VANSNICK, in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART, *op. cit.*, 2015, n° 109, p. 594.

<sup>159</sup> R. BORN, « La réforme du Conseil d'État ou du compromis incertain aux probables avancées », *Publicum*, n° 15, 2013, p. 14. Voy. aussi J. BOURTEMBOURG, *op. cit.*, *Publicum*, 2013, n° 15, n° 6, p. 35 ; Ch. STORCK, *op. cit.*, *Publicum*, 2013, n° 15, n° 12, p. 22, annonçant de vifs débats jurisprudentiels.

<sup>160</sup> Dont on connaît les limites d'un « ordre juridictionnel » à l'autre.

41. Il importe de préciser que l'interdiction d'agir devant les cours et tribunaux sur la base de l'article 159 de la Constitution est fondée, dans la jurisprudence constitutionnelle<sup>161</sup> et administrative, à la fois sur la « voie générale » prescrite en matière réglementaire par le texte de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>162</sup> et sur l'autorité de la chose jugée absolue de l'arrêt décidant du maintien d'effet(s). L'arrêt *Debie* est éloquent sur ce point : « en énonçant que lorsqu'il décide de mettre en œuvre l'article 14<sup>ter</sup> précité, le Conseil d'État statue 'par voie de disposition générale', le législateur a nécessairement entendu conférer une valeur *erga omnes* à la décision du Conseil d'État ordonnant qu'un acte réglementaire irrégulier puisse produire des effets de droit ; qu'une telle décision juridictionnelle, prise dans un souci de sécurité juridique, conforte temporairement l'acte réglementaire en cause et paralyse l'exercice de la censure de non application pour les mesures d'exécution prises durant la période correspondant au maintien de ses effets ; qu'une telle paralysie temporaire de la censure de non application ne contrevient pas à l'article 159 de la Constitution dès lors que cette disposition ne vise que les règlements ou arrêtés et ne peut trouver à s'appliquer à ceux qui se voient reconnaître une valeur juridique temporaire par le dispositif d'un arrêt du Conseil d'État valant disposition générale ; que la circonstance que le requérant n'était pas partie à la procédure ayant donné lieu à l'arrêt du 22 septembre 2006 ne peut remettre en cause l'autorité de chose jugée *erga omnes* qui s'attache à cette décision »<sup>163</sup>.

À notre estime, une telle présentation conduit à confondre autorité de chose jugée et autorité de chose réglementée ou décidée, en mêlant par-dessus tout celles-ci à la « valeur juridique » de l'effet maintenu<sup>164</sup>. Elle donne en outre l'illusion que le Conseil d'État se mue en autorité administrative lorsqu'il décide du maintien d'effet(s) alors que, comme on l'a montré plus haut<sup>165</sup>, il n'en est rien puisque le maintien est une modalité de l'annulation et que le Conseil d'État s'exprime par arrêt. Les termes de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État y sont évidemment pour beaucoup puisque celui-ci mentionne que le Conseil d'État procède « par voie de disposition générale ». Selon nous, cette mention visait intuiti-

<sup>161</sup> Voy. C. const., n° 18/2012, 19 février 2012, B.9.3 ; C. const., n° 103/2015, 16 juillet 2015, B.50.1.

<sup>162</sup> *Contra* Corr. Charleroi (7<sup>e</sup> ch.), 11 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 368 et obs. D. RENDERS.

<sup>163</sup> C.E., *Debie*, n° 199.085, 18 décembre 2009. Voy. déjà C.E., *Ville de Wavre*, n° 75.712, 10 septembre 1998, impl. et C.E., *Evrard*, n° 93.800, 8 mars 2001.

<sup>164</sup> Pour mémoire, il y a lieu de distinguer soigneusement pour chaque acte sa force obligatoire et son opposabilité, sa force exécutoire et sa force probante.

<sup>165</sup> N° 34.



tivement à remédier à l'interdiction faite au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, conformément (au principe repris) à l'article 6 du Code judiciaire (auquel il convenait de déroger). Tout aussi intuitivement, une mention symétrique n'était pas nécessaire pour les actes individuels puisque, par définition, le juge tranche des cas d'espèce individuels<sup>166</sup>. L'arrêt de maintien d'effet(s) n'en a pas pour autant une autorité de chose réglementée ou décidée. Si cette autorité demeure, elle procède du règlement ou de la décision individuelle qui sont annulés mais dont les effets sont maintenus. Certes, c'est le Conseil d'État qui décide du maintien, mais maintenir signifie faire durer ce qui existe déjà et qui, en l'occurrence, ne devrait plus exister en raison de l'annulation. Sauf que l'effet maintenu existe encore malgré l'annulation de l'acte ou par exception à celle-ci. En tant que tel, l'effet n'a pas (encore) été annulé car il est en sursis ou définitif. L'acte est à la fois annulé mais maintenu dans son effet.

Or, la question de l'opposabilité aux tiers – manifestement visée par la mention « par voie de disposition générale »<sup>167</sup> – doit être abordée à l'aune du maintien défini comme le mécanisme permettant de faire durer des effets d'une disposition générale ou spéciale et individuelle. Doit-on considérer que l'opposabilité de l'effet maintenu émane de l'acte initialement publié ou notifié ou faut-il envisager qu'elle procède de l'autorité absolue de chose jugée de l'arrêt du Conseil d'État ayant décidé du maintien ? Il convient de rappeler en effet qu'en droit public, l'opposabilité découle de la publication de l'acte réglementaire et non de la généralité de celui-ci. Certains actes individuels sont d'ailleurs également publiés même si, en principe, l'opposabilité de ceux-ci procède de leur notification.

Une troisième voie existe en réalité, selon laquelle l'autorité de l'effet maintenu serait à la fois légale et juridictionnelle, les deux forces se combinant ou se juxtaposant nécessairement pour permettre le maintien ; l'autre 'renforçant' l'une, autrement dit. Aucune des deux ne peut se passer de l'autre puisqu'à défaut d'effet préalable il ne peut être maintenu et à défaut de maintien il ne peut subsister<sup>168</sup>. Il en résulte en toute hypothèse

que l'effet maintenu doit être appliqué même si l'acte – et donc lui-même – est illégal. L'illégalité ne neutralise pas son application puisque l'effet n'est pas (encore) censuré, le maintien s'y opposant.

42. La question de l'autorité absolue de la chose jugée du maintien d'effet(s), prise isolément<sup>169</sup>, mérite quelques développements.

En vertu du principe général de droit « découvert » en l'absence de disposition légale explicite, l'autorité de chose jugée absolue des arrêts d'annulation du Conseil d'État porte sur le dispositif de l'arrêt et les motifs qui sous-tendent celui-ci, c'est-à-dire en particulier sur l'annulation. Or, le maintien figure expressément dans le dispositif de l'arrêt comme il a déjà été signalé et il se rapporte directement à l'annulation dont il tempère d'ailleurs la rigueur et modalise la portée. Il lui est indissolublement lié, à la différence de la déclaration d'illégalité incidente<sup>170</sup> qui précède le refus d'application et qui, selon nous, ne revêt à l'heure actuelle qu'une autorité de chose jugée relative en raison de l'objet casuel de la sanction et de l'absence de publicité à son égard<sup>171</sup>, que l'acte concerné soit un acte individuel ou réglementaire<sup>172</sup>. L'effet utile du maintien d'effet(s) commande, quant à lui, une portée abso-

<sup>169</sup> Rapp. D. DEOM, « Le refus d'application », in M. NIHOUL (dir.), *op. cit.*, 2010, n° 29, p. 182 et « l'autorité juridictionnelle » par cohérence ; R. ANDERSEN, *op. cit.*, 2010, n° 19, p. 394, du temps de l'ancien régime, faisant écho aux réflexions de J.-H. STAHL et A. COURRÈGES en France, « Note à l'intention de Monsieur le Président de la section du contentieux (du Conseil d'État de France) », *R.F.D.A.*, 2004, p. 446 : « pourquoi un arrêt d'annulation maintenant provisoirement certains des effets de l'acte annulé ne pourrait-il (...) être considéré comme une sorte d'arrêt d'annulation ayant effet *erga omnes* » y compris vis-à-vis des cours et tribunaux ? J. Bourtembourg se pose la même question à propos de l'acte individuel en soulignant le risque que les cours et tribunaux ne suivent pas le raisonnement (*op. cit.*, *Publicum*, 2013, n° 15, n° 6, p. 35).

À noter qu'en matière réglementaire, le maintien d'effet(s) est parfois refusé sur la base de l'autorité de chose jugée d'un premier arrêt d'annulation auquel l'autorité souhaitait remédier en garantissant la conservation d'échelles de traitement pourtant annulées. Voy. sous l'ancien régime C.E., *asbl Association des juristes des administrations wallonnes et crts*, n° 222.164, 22 janvier 2013 : « le maintien temporaire des effets des dispositions annulées reviendrait à admettre que, par l'adoption d'un nouvel arrêté, une partie adverse puisse modaliser les effets d'un précédent arrêt d'annulation alors que cette compétence n'appartient qu'au Conseil d'État ».

<sup>170</sup> Logée dans un arrêt d'annulation, consécutivement à l'application de l'article 159 de la Constitution.

<sup>171</sup> Cela pour trois raisons. Premièrement, le refus d'application revêt par définition une portée casuelle distincte de l'annulation. Deuxièmement, donner au refus d'application l'autorité absolue reviendrait à permettre en pratique d'annuler une disposition hors délai. Troisièmement, aucune publicité de la déclaration d'illégalité incidente n'est actuellement prévue, pas même en ce qui concerne les règlements, car la publication au *Moniteur belge*, lorsqu'elle s'impose selon les formes de l'acte annulé, est actuellement réservée au dispositif de l'annulation dans lequel la déclaration ne figure pas. Or, en matière de règlements, l'opposabilité aux tiers procède de la publication comme on vient de le rappeler. Ces trois raisons ne sont pas transposables au maintien d'effet(s) lequel n'a pas de portée casuelle, est par définition lié à l'annulation, c'est-à-dire à un acte ayant fait l'objet d'un recours en temps utile, et figure expressément dans le dispositif de l'arrêt.

<sup>172</sup> Voy. M. NIHOUL, *op. cit.*, 2010, pp. 211-300. Le maintien d'effet(s) – qu'il porte sur un acte réglementaire ou individuel – n'est pas comparable à une « déclaration de légalité incidente » puisque l'illégalité de l'acte est dans un premier temps avérée et dans un second consacrée par l'annulation. Le maintien d'effet(s) est décrété malgré l'illégalité de l'acte et malgré l'annulation de celui-ci.

<sup>166</sup> Voy. par exemple, A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 120 : « [p]our les actes individuels, cette manière de maintenir les effets n'est évidemment pas envisageable, l'acte individuel annulé n'ayant par nature pas d'effets à caractères généraux, contrairement au règlement ».

<sup>167</sup> Qu'il puisse être tenu compte de l'intérêt des tiers au moment de décider du maintien d'effet(s) ne semble pas relevant sur ce point d'autant que, comme on l'a vu ci-dessus, ceux-ci ne seront probablement pas informés du maintien envisagé ni *a fortiori* parties à la procédure.

<sup>168</sup> À noter qu'ils sont tous deux publiés ou notifiés selon qu'il s'agit d'un acte réglementaire ou individuel ou que l'acte doit être publié ou non.



lue ou *erga omnes*, voire légale<sup>173</sup> (plutôt que générale) ou les deux à la fois. Le maintien d'effet(s) se rapporte en effet directement à l'annulation dont il partage la vocation obligatoire. Le maintien d'effet(s) doit avoir la même force que l'annulation.

Cette autorité légale peut être reconnue sans qu'une publicité ne soit prévue en ce qui concerne les actes individuels qui, pour exister, doivent simplement être notifiés, conformément au principe du « parallélisme des formes ». Dans l'état actuel du droit, l'autorité absolue de la chose jugée est par ailleurs déjà reconnue aux arrêts d'annulation des décisions individuelles indépendamment de toute publicité, même par extrait, et elle l'était avant l'apparition des nouvelles technologies. Il n'est donc point besoin de prétexter la publication de tous les arrêts du Conseil d'État sur le site internet de celui-ci pour justifier ladite autorité, cette publicité étant à notre sens insatisfaisante<sup>174</sup> en toute hypothèse. Dans l'état actuel du site et des nouvelles technologies, l'on a déjà indiqué ailleurs qu'il serait excessif de considérer que nul *citoyen* n'est censé ignorer le site du Conseil d'État<sup>175</sup> même si, en pratique, la fiction devient progressivement réalité dans un droit de plus en plus jurisprudentiel.

À noter que rattacher la paralysie de l'article 159 de la Constitution par l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État à l'autorité absolue de la chose jugée du maintien d'effet(s) et non à la « voie de disposition générale » prévue par l'article 14<sup>ter</sup>, présente l'avantage qu'il ne sera pas nécessaire d'ajouter dans le texte de la disposition légale une formule destinée aux actes individuels afin de remédier à l'absence d'autorité légale qui pourrait être induite de la rédaction actuelle les concernant. Une telle mention n'était déjà pas opportune en ce qui concerne les actes réglementaires pour garantir l'opposabilité aux tiers. Avec le recul, la formule aurait gagné à être libellée différemment et étendue, le cas échéant, aux deux catégories d'actes, en mentionnant que

le Conseil d'État procède « par voie de disposition légale ».

En l'état, l'autorité légale peut cependant être déduite de la définition même du maintien d'effet(s) et du dispositif de l'arrêt. L'effet maintenu trouve sa source et sa force – ses forces obligatoires, exécutoires et probantes – dans l'arrêt de maintien également qui se substitue en quelque sorte à l'acte annulé ou plutôt ne fait plus qu'un avec lui pour habiter tout ou partie de ses effets, selon le cas, à l'image de morts-vivants, encore en vie malgré la mort par annulation, grâce à la magie du droit. Littéralement, les effets concernés sont en effet maintenus en vie. Ils sont maintenus en vie artificiellement, certes, mais de façon réelle et matérielle, à défaut de quoi le législateur n'aurait pas prévu de les considérer comme « définitifs »<sup>176</sup> ou « maintenus provisoirement ». L'effet maintenu provisoirement est à l'évidence moins protégé que l'effet définitif qui, quant à lui, est voué à la vie éternelle<sup>177</sup>.

43. La deuxième conséquence de l'illégalité est la **responsabilité civile** fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. L'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne précise pas davantage le sort de la responsabilité civile de l'auteur de l'illégalité de l'acte annulé en cas de maintien d'effet(s) en manière telle qu'il convient de se demander si l'article 14<sup>ter</sup> déroge ou non aux articles 1382 et suivants comme il déroge à l'article 159 de la Constitution. La même question devra être posée à propos de l'article 11<sup>bis</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui permet désormais au Conseil d'État d'allouer une indemnité réparatrice en cas d'annulation.

44. Plusieurs auteurs indiquent que le maintien d'effet(s) s'oppose à l'établissement ou la mise en œuvre de la responsabilité civile dès lors que le maintien du droit à l'indemnisation priverait d'effet utile le maintien d'effet(s)<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> L'on peut voir dans ce terme un parallélisme du mécanisme avec le caractère définitif de l'acte n'ayant pas fait l'objet d'un recours en annulation dans les délais impartis.

<sup>177</sup> Sous réserve peut-être d'un acte contraire ou d'un retrait éventuel, par exemple pour illégalité manifeste ou manœuvre frauduleuse, serait-on tenté d'écrire. Ces mécanismes sont-ils toutefois encore admis dès lors que l'effet trouve désormais sa source dans un arrêt du Conseil d'État ? Considérer l'inverse porterait un sérieux tempérament à la loi du changement et aux pouvoirs de l'exécutif.

<sup>178</sup> Voy. not. S. GUILLIAMS, « Overheidsaansprakelijkheid voor ongrondwettige (fiscale) wetgeving : een parcours met vele hindernissen. Haalt de belastingplichtige de finish wel ? », *T.F.R.*, 2009, p. 538, n° 30 ; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Bruges, Die Keure, 2011, pp. 574 et 614 ; S. VERTRAELEN, « Artikel 14<sup>ter</sup> RvS-wet als alternatief voor legislatieve validatie ? Of hoe het ene probleem door het andere vervangen wordt », *T.B.P.*, 2012, p. 111 ; J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, n° 36, p. 122. En ce qui concerne la Cour constitutionnelle : K. MUYLLE, « Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof ? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux », in P.D.G. CABOOR *e.a.*, *Rechtsbescherming*, Bruges, Die Keure, 2008, pp. 173 et 194-195 ; A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens

<sup>173</sup> Selon le vœu de F. RIGAUX, « Autorités de la chose jugée », *J.T.*, 2007, p. 308. L'auteur estime en effet que l'expression autorité absolue de la chose jugée n'est pas très bien choisie pour désigner l'anéantissement à l'égard de tous de la norme censurée. Il préfère d'autres formules comme celle de la deuxième phrase de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution française du 4 octobre 1958 selon laquelle les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » ou du paragraphe 31, alinéa 2, de la loi allemande sur le Tribunal constitutionnel fédéral, coordonnée le 11 août 1993, selon lequel certaines décisions du Tribunal ont « force de loi ». Une force obligatoire, autrement dit, destinée à protéger le justiciable « en limitant le pouvoir du juge de revenir sur ce qui a été précédemment décidé. La vérité judiciaire ne s'impose pas seulement aux parties, elle fait parfois la loi du juge lui-même » (*ibid.*, p. 319).

<sup>174</sup> *A fortiori* en ce qui concerne les arrêts anonymisés qui ne permettent pas d'identifier le destinataire de l'acte individuel concerné et donc non plus l'acte lui-même.

<sup>175</sup> Voy. M. NIHOUL, *op. cit.*, 2010, n° 45, p. 297, note 232.

D'autres, au contraire, soutiennent par principe que le maintien d'effet(s) ne compromet nullement l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil<sup>179</sup>. Il affecterait uniquement le principe de la réparation en nature, laquelle ne pourrait plus être demandée. Seule une réparation par équivalent serait encore envisageable à peine de violer l'autorité de chose jugée – c'est-à-dire le maintien d'effet(s) – et les dispositions qui fondent le maintien d'effet(s). Ainsi les tiers devraient souffrir de l'effet maintenu de l'acte administratif illégal mais pourraient demander des dommages et intérêts en compensation de l'illégalité à condition d'établir un dommage en lien avec la faute. La situation ne serait pas si différente de ce que l'on connaît en matière d'abus de droit, lequel empêcherait par exemple la destruction d'une construction érigée sur la base d'un permis de bâtir illégal mais non l'indemnisation du fait de l'illégalité<sup>180</sup>.

45. À tout le moins des réserves devraient-elles être formulées, dans cette dernière interprétation, selon le contenu du maintien d'effet(s) décidé, d'autant que la portée du maintien découle, comme on l'a vu, de l'autorité légale des actes concernés et de l'autorité absolue de la chose jugée des arrêts le décrétant plutôt que de la voie de disposition générale. La responsabilité civile ne pourrait-elle

être interprétée comme l'un des effet(s) de l'acte illégal que le Conseil d'État pourrait décider de maintenir<sup>181</sup> ou non ? Lorsque l'acte est illégal, l'un de ses effets juridiques est potentiellement d'emporter la responsabilité civile de son auteur. Le cas échéant, n'y a-t-il pas lieu de recommander au Conseil d'État, à suivre ces auteurs sur le principe, de préciser systématiquement, dans son arrêt, si le maintien s'oppose ou non à la responsabilité civile de l'auteur de l'acte ? Dans le cas contraire, deux juridictions distinctes pourraient être appelées à procéder successivement à une même évaluation du caractère exceptionnel et nécessaire de la mesure, le pouvoir judiciaire n'étant pas à l'abri des impératifs de sécurité juridique au moment d'envisager la responsabilité.

Encore faudrait-il déterminer si le Conseil d'État n'outrepasserait pas ses compétences en décidant de la sorte dès lors que la responsabilité civile relève directement de la protection des droits subjectifs civils, conformément à l'article 144 de la Constitution. En même temps, il n'est plus exclu aujourd'hui de considérer que l'article 144 de la Constitution doit se combiner avec l'article 160 de la Constitution et le principe de sécurité juridique en manière telle qu'il soit possible de maintenir les effets d'un acte annulé jusqu'à empêcher l'invocation de toute illégalité, que ce soit *via* l'exception d'illégalité ou *via* la responsabilité. La sécurité juridique est en effet devenue une « arme de construction massive » dans les mains des juges<sup>182</sup> et même sans elle, le deuxième alinéa de l'article 144 de la Constitution prévoit désormais que « la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ». Le maintien d'effet(s) pourrait être interprété sans trop de difficultés comme autorisant le Conseil d'État à couvrir la responsabilité de l'auteur de l'acte en cas de maintien des effets de celui-ci.

46. Il y a par ailleurs de sérieuses objections à considérer que la responsabilité civile de l'auteur de l'acte puisse continuer à être engagée en dépit du maintien d'effet(s) à l'origine du dommage. Après tout, si le maintien d'effet(s) est interprété comme dérogeant à la règle de la réparation en nature, pourquoi ne pourrait-il l'être à la réparation tout court, toutes deux de valeur législative ?

schending van de Grondwet », in Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme. Liber Amicorum Michel Melchior*, Bruxelles, Anthémis, 2010, p. 865, n° 19.

<sup>179</sup> Voy. A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, pp. 122-123 : « [l]a faute ne disparaît pas du fait du maintien judiciaire des effets » (p. 122) et le lien de causalité ne serait pas non plus affecté. En même temps, les auteurs indiquent que la responsabilité de l'auteur d'un acte d'exécution ou d'application d'une norme législative ou réglementaire annulée ne peut pas être engagée *a priori* lorsque celui-ci constitue l'un des effets maintenus de la norme annulée et qu'il n'est pas l'auteur de celle-ci. Seul l'auteur de la norme pourrait être responsable. À suivre les auteurs en ce qui concerne le lien entre maintien d'effet(s) et responsabilité, il ne pourrait pas l'être, selon nous, du fait de l'exécution de l'effet de la norme maintenu, n'étant pas nécessairement à l'origine du maintien d'effets qui peut être sollicité par une partie intervenante et est décidé par le Conseil d'État. Dans le même sens, D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, n° 81, p. 164 (les auteurs précisent au n° 83 que le maintien d'effet(s) ne constitue ni une erreur invincible ni une autre cause d'exonération dans le chef de l'auteur de l'acte annulé dès lors que celles-ci s'apprécient au moment de l'adoption de l'acte et non de son annulation, pas plus que dans le chef de l'auteur d'un acte pris sur la base d'un acte dont les effets ont été maintenus en l'absence de responsabilité de celui-ci du fait de l'autorité de la chose jugée) ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Le droit des obligations s'invite au Conseil d'État – Quelques réflexions », in *Mundi et Europae civis. Liber Amicorum Jacques Steenbergen*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 19-20, pp. 184 et 185 ; B. GORS et L. VANSNICK, in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART, *op. cit.*, 2015, p. 604, n° 130 ; Ch. STORCK, *op. cit.*, *Publicum*, 2013, n° 15, n° 12, p. 22 ; C.E., *De Smet*, n° 225.912, 19 décembre 2013 en matière réglementaire.

Adde Corr. Charleroi (7<sup>e</sup> ch.), 11 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 368 et obs. D. RENDERS, « L'article 159 de la Constitution prime l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État » : la décision de maintien d'effet(s) « ne peut justifier qu'il soit en quelque sorte fait abstraction de l'illégalité viciant la disposition qui a été annulée et est donc censée n'avoir jamais existé (...) ».

<sup>180</sup> Avec pour différence sensible que l'illégalité ne semble pas commise par le propriétaire, le cas échéant, bien que la violation des plans d'aménagement constitue une infraction propre, indépendamment de l'obtention d'un permis d'urbanisme, imputable au propriétaire.

<sup>181</sup> En particulier pour ceux qui ont réclamé en temps utile.

<sup>182</sup> Voy. *A.P.T.*, 2012, pp. 405-413. Rem. récemment X. DELGRANGE, *op. cit.*, *A.P.T.*, pp. 511-521 en ce qui concerne le risque de sacrifice ou d'abandon du contrôle incident de légalité diffus et obligatoire sur l'autel de la compétence juridictionnelle si le judiciaire devait renoncer au contrôle incident lorsque le contrôle de validité de l'acte considéré relève de la compétence d'une juridiction administrative.

Certes, une déclaration d'illégalité précède nécessairement l'annulation de l'acte comme elle précède le refus d'application et il ne peut être soutenu que l'illégalité qui en découle n'existerait plus du fait de l'annulation avec effet rétroactif de l'acte qu'elle entache, auquel cas aucune action en responsabilité n'aurait jamais pu être fondée sur une annulation prononcée par le Conseil d'État<sup>183</sup>. Dans ce cas de figure, les deux éléments sont toutefois concordants. L'annulation et la responsabilité visent tous deux à sanctionner l'illégalité. Il en va autrement en cas de maintien d'effet(s) lequel déroge précisément à l'annulation et, on vient de le voir, au refus d'application. Pourquoi en irait-il différemment avec la responsabilité ? C'est que le constat d'illégalité n'a pas d'effet par lui-même. En vertu de l'article 159 de la Constitution, il ne conduit pas à censurer l'acte avec effet *erga omnes*, d'une manière qui ressemble à une annulation, ce que le Conseil d'État ne peut faire que dans un délai bien précis<sup>184</sup>. Il débouche seulement sur un refus d'application qui doit être prononcé par le juge et qui est en l'occurrence prohibé en cas de maintien d'effet(s) sous peine de priver celui-ci d'effet utile alors qu'il bénéficie de l'autorité légale et de l'autorité absolue de la chose jugée. En temps normal, le constat d'illégalité devrait déboucher sur l'annulation de l'acte mais la sécurité juridique impose d'en décider autrement et de maintenir certains effets de l'acte. De même, en principe l'illégalité devrait être constitutive de faute mais le maintien d'effet(s) à titre exceptionnel pourrait être interprété comme s'y opposant. Il pourrait être jugé contradictoire de maintenir les effets d'un acte tout en considérant ceux-ci comme illégaux ou susceptibles d'engager la responsabilité civile de son auteur (à condition bien entendu que l'effet maintenu<sup>185</sup> soit à l'origine du dommage, auquel cas le maintien

de l'effet aura d'ailleurs souvent une incidence sur l'étendue du dommage). Une fois l'acte maintenu, l'illégalité pourrait être considérée comme inopérante car incompatible avec le maintien. Le maintien d'effet(s) pourrait empêcher de constater l'illicéité de l'acte et partant (sous la réserve d'un manquement distinct au devoir général de prudence et de diligence) la faute.

C'est en effet sous l'angle de la sécurité juridique qu'il faut appréhender la question, à notre estime, et considérer que si exceptionnellement il convient de maintenir les effets d'un acte, fût-il illégal, ce n'est pas à n'importe quel prix (sous l'angle de la responsabilité par équivalent) et que le coût de la mesure peut aussi devoir être maîtrisé, qu'il est une donnée dont il importe de tenir compte. Dans certains cas, il ne faut pas s'en cacher, il arrive que l'application des règles de la responsabilité civile soit de nature à priver un gouvernement de budget et compromettre réellement la continuité du service public ou la loi du changement.

Pourquoi la responsabilité civile échapperait-elle aux impératifs de la sécurité juridique, autrement dit, et à l'autorité légale ou de chose jugée *erga omnes* du maintien d'effet(s) qui, pour mémoire, pourrait parfaitement être décidé par le juge judiciaire en lieu et place, aussi, du refus d'application ? Le juge civil ne doit-il pas à tout le moins tenir compte de l'impératif de sécurité juridique au moment de fixer l'étendue du dommage ?

Plus généralement, le maintien d'effet(s) ne renvoie-t-il pas à d'autres théories, dont celle du fonctionnaire de fait également fondée sur la sécurité juridique, dont l'effet est d'empêcher l'indemnisation pour l'adoption d'actes illégalement posés s'ils n'étaient couverts par celle-ci ? Le maintien d'effet(s) procure d'ailleurs davantage de sécurité et de garanties dès lors qu'il émane directement d'une juridiction au lieu d'être soumis au contrôle *a posteriori* de celle-ci.

Dans un autre registre, la rétroactivité d'un acte couvrant des irrégularités commises est admise, alors qu'elle est en principe source d'insécurité juridique puisqu'elle déjoue les attentes prévisibles mais qu'elle peut en même temps viser à sécuriser d'autres relations juridiques, des droits acquis et le bon fonctionnement d'un service public, à certaines conditions. Il faut qu'elle soit indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public. En outre, des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général doivent justifier l'intervention

l'illégalité de l'acte distinctement des effets de celui-ci, le cas échéant. La responsabilité est en effet l'(un des) effet(s) de l'acte illégal.



lorsqu'elle interfère avec une procédure juridictionnelle en cours et porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous<sup>186</sup>. Le cas échéant, l'effet de cette réfection rétroactive est d'empêcher toute responsabilité alors que l'illégalité commise demeure. Le maintien d'effet(s) ne doit-il pas être considéré comme une validation temporaire ou définitive, selon le cas ?

47. Plus fondamentalement encore, peut-on distinguer strictement les articles 1382 et suivants du Code civil et l'article 159 de la Constitution lorsque la responsabilité civile trouve sa source dans une illégalité commise ? La disposition constitutionnelle n'est-elle pas la ligne directrice de la philosophie d'ensemble du contentieux administratif, à savoir « l'obligation faite au juge, et la capacité qui lui est donnée, d'assurer au fil de toutes ses tâches le rôle de gardien de la légalité »<sup>187</sup> ? Les articles 144 et 159 de la Constitution sont généralement invoqués de pair et ils l'étaient déjà dans l'arrêt *La Flandria*<sup>188</sup> au moment de sonner le glas de l'impunité administrative en matière de responsabilité civile extracontractuelle de sorte qu'il n'est pas acquis qu'un traitement différent doive être réservé à l'un et à l'autre contentieux, sous réserve du dispositif précis de l'arrêt qui décide du maintien d'effet(s).

Il pourrait être objecté, dans la foulée de l'autorité de la chose jugée, que le maintien vise à tempérer la portée de l'annulation au même titre que plusieurs principes fondamentaux de l'État de droit (légalité, séparation des pouvoirs...) mais non nécessairement les autres conséquences de l'illégalité, toute dérogation étant d'interprétation stricte<sup>189</sup>... Force est pourtant d'observer que dans l'état actuel de l'interprétation par le Conseil

d'État et la Cour constitutionnelle, le maintien déroge déjà au refus d'application<sup>190</sup>.

À s'en tenir aux mots, c'est-à-dire au texte de loi, par ailleurs, ce ne sont pas les effets de l'annulation qui peuvent être modulés par le Conseil d'État en cas d'illégalité, pas plus que les effets de l'illégalité, mais bien des effets de l'acte annulé qui peuvent être maintenus. Or, l'élément déclencheur de la demande d'indemnité, comme on l'a vu plus haut, est l'illégalité constatée.

46. L'on peut vraiment déplorer que le législateur n'ait pas tranché lui-même la question de la portée du maintien d'effet(s) sur la responsabilité civile du fait de l'illégalité en l'espèce à la source de l'annulation. Une nouvelle controverse sur-réaliste pourrait de la sorte voir le jour entre les hautes juridictions du pays au nom de la nature du contentieux objectif ou subjectif, surtout depuis que le Conseil d'État a été investi du pouvoir d'octroyer des indemnités réparatrices dont il convient également de fixer le sort en cas de maintien d'effet(s). Il faut rappeler, parallèlement à ce que l'on a constaté à propos du refus d'application, que l'acte individuel irrégulier, même lorsqu'il est définitif pour le Conseil d'État, peut donner lieu à responsabilité selon le pouvoir judiciaire alors même que les lois coordonnées sur le Conseil d'État, interprétées comme modifiant la portée de l'article 159 de la Constitution devant le Conseil d'État, seraient directement inspirées, à en croire la Cour constitutionnelle, par l'article 160 de la Constitution, qu'il faut combiner avec l'article 159, et par le principe général de valeur internationale de sécurité juridique (du moins pour ce qui concerne l'article 14<sup>ter</sup> de celles-ci). Dans cette logique, il n'est pas exclu, même si cela peut paraître incohérent, que la Cour de cassation maintienne la responsabilité civile de l'auteur d'un acte annulé en dépit du maintien d'effet(s) du même acte par le Conseil d'État par nécessité et à titre exceptionnel au terme d'une balance d'intérêt.

À notre estime, quelle que soit l'issue de cette controverse en puissance, il est impératif que les deux voies indemnitaires – responsabilité civile et indemnité réparatrice – soient logées à la même enseigne en présence d'un maintien d'effet(s), sous réserve bien entendu du contenu de celui-ci et de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt qui en aura précisé la portée. On y revient ci-dessous.

48. À noter au demeurant que passé le délai de maintien d'effet(s), au cas où celui-ci serait temporaire, l'action en responsabilité comme toute

<sup>186</sup> Voy. encore récemment C. const., n° 17/2015, 28 mai 2015, B.4.1. concernant une disposition décrétable validant l'omission de la consultation de la section de législation du Conseil d'État avant l'adoption d'un arrêté royal. Selon la Cour, « [c]ette irrégularité n'a pu faire naître en faveur de la partie intimée devant le juge *a quo*, le droit intangible d'être dispensée du respect des prescriptions contenues dans cet arrêté royal alors même que celles-ci seraient fondées sur un acte nouveau dont la constitutionnalité serait incontestable ».

<sup>187</sup> D. DÉOM, « Le refus d'application », in M. NIHOUL (dir.), *op. cit.*, 2010, pp. 147-184, ici p. 184. Nous soulignons.

<sup>188</sup> À l'époque il s'agissait des articles 92 et 159 de la Constitution. Voy. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 240 : « tel qu'il ressort des articles 24, 67, 78, 92, 93, 106 et 107, et qui est à l'opposé du droit public de la Révolution française et de l'Empire, les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi ; qu'ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils et que, s'ils lèsent l'un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte a été accompli sans pouvoir, qu'il est donc illégal et constitutif de faute et accorder la réparation du préjudice ainsi causé, ce que faisant il fait œuvre non d'administrateur mais de juge d'une contestation dont l'objet est un droit civil ».

<sup>189</sup> Rem. A. FEYT et Fr. TULKENS, *op. cit.*, 2014, p. 102 : il faut que l'application de l'article 14<sup>ter</sup> ne prive pas l'annulation de tous ses effets, jurisprudence à l'appui.

<sup>190</sup> Qui lui est certes plus directement antinomique.

autre voie de droit, est à nouveau envisageable dans l'hypothèse, par exemple, où l'autorité n'aurait pas remédié à la situation<sup>191</sup>. L'effet du maintien est en effet, le cas échéant, limité.

Durant la période de maintien d'effet(s), en revanche, tout dépendra de l'arrêt intervenu et de la précision avec laquelle celui-ci va décrire les effets maintenus. Plus l'effet maintenu sera circonscrit, moins sera contraint celui qui voudrait se prévaloir de l'illégalité commise. En règle générale, cependant, ce sont les effets de l'acte annulé, indistinctement, qui sont le plus souvent maintenus.

**49.** La troisième conséquence de l'illégalité est, depuis 2014, l'**indemnité réparatrice** fondée sur l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Celle-ci tient compte des intérêts publics et privés en présence. Dans l'hypothèse d'un maintien d'effet(s), une indemnité réparatrice peut-elle être demandée au Conseil d'État à charge de l'auteur de l'acte annulé alors même que le préjudice subi résulterait d'effets maintenus ? Telle est la question précise qui se pose et que le texte légal ne tranche pas non plus, pas même implicitement.

*A priori* « toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation de l'acte » est potentiellement concernée, selon la disposition légale, à condition d'avoir « subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte ». Faut-il considérer que l'illégalité demeure dès lors que seul le maintien d'effet(s) de l'acte est prévu ? À l'évidence, la question se pose dans des termes identiques qu'en matière de responsabilité civile en manière telle que l'indemnité réparatrice devrait subir le même sort (encore incertain)<sup>192</sup>. Une position contraire serait à notre sens injustifiable<sup>193</sup>. Les conditions de l'indemnisation sont certes différentes devant le Conseil d'État et le pouvoir judiciaire mais le principe de la réparation est commun devant les deux ordres juridictionnels puisque le citoyen est

invité à choisir entre l'une des deux voies et que son choix de l'une est exclusif de l'autre selon l'adage *electa una via* traduit à même le texte de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

**50.** Les travaux préparatoires ne sont pas d'une grande aide pour apprécier la compatibilité des deux mécanismes juridiques. Lors des travaux parlementaires, la Ministre a tenté d'apporter des précisions quant à l'articulation de l'article 14*ter* avec le droit à réparation de la partie lésée, manifestement sans succès. Le point était pourtant explicitement abordé. Il était demandé ce qui suit. « Lorsque celle-ci [la requérante] n'a pas demandé la satisfaction équitable, pourra-t-elle encore se tourner vers les cours et tribunaux ? La satisfaction équitable, si elle est demandée, sera-t-elle accordée par le Conseil d'État ? L'intervenante pense que si cette nouvelle disposition rencontre les intérêts des administrations concernées, tel n'est pas le cas pour le justiciable. (...) La Ministre rappelle que le COMORI avait convenu de la possibilité d'une réparation dans le cas visé à l'article 14*ter*. Tel est également le cas en cas d'application de la boucle administrative puisque dans ce cas, l'irrégularité de l'acte est avérée. L'application du nouvel article 14*ter* doit permettre d'éviter les désagréments d'une annulation. Elle est toutefois conditionnée par l'existence de circonstances exceptionnelles et doit faire l'objet au préalable d'un débat contradictoire au cours duquel le justiciable pourra faire valoir ses observations. Le Conseil d'État pourra donc peser, en connaissance de cause, les intérêts en présence »<sup>194</sup>.

Il paraît très difficile de fonder un argument solide en faveur de la combinaison possible de l'indemnité réparatrice et du maintien d'effet(s) sur cet extrait dès lors qu'il y est fait référence à ce qu'avait convenu le COMORI<sup>195</sup> et non à la volonté du Gouvernement, qu'il est question « de la possibilité d'une réparation » sans autre forme de précision (par quelle juridiction<sup>196</sup>, à quelles conditions...) et qu'il est dans la foulée question de la possibilité pour le Conseil d'État de peser, en connaissance de cause, les intérêts en présence dans le cadre de l'article 14*ter* : jusqu'à priver de réparation dans certains cas et pas dans d'autres ? Le cas échéant, l'indemnité réparatrice serait l'un des effets de l'annulation dont pourrait disposer le Conseil d'État au terme de la balance d'intérêts. Il

<sup>191</sup> Dans le même sens, J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, n° 36, note 77. Ceci n'est pas sans poser une série de questions dont la suivante : l'autorité doit-elle se réserver le pouvoir d'abroger des décisions créatrices de droit, à l'expiration de cette période, adoptées sur le fondement d'un acte dont les effets sont temporairement maintenus et sur quelle base, le cas échéant, une telle possibilité étant en règle exclue ? Et *quid* si l'effet n'est pas intrinsèquement illégal ?

<sup>192</sup> Les auteurs favorables à cette thèse admettent en général les deux formes d'indemnisation : D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, n°s 81-83, pp. 163-165 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit des obligations s'invite au Conseil d'État – Quelques réflexions », in *Mundi et Europae civis. Liber Amicorum Jacques Steenbergen*, Bruxelles, Larcier, 2014, n°s 19-20, pp. 184 et 185 ; B. GORS et L. VANSNICK, in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART, *op. cit.*, 2015, n°s 128-130, pp. 603-604 ; Ch. STORCK, *op. cit.*, *Publicum*, 2013, n° 15, n° 12, p. 22. À propos de l'indemnité réparatrice exclusivement, voy. S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2014-15, n° 20, n°s 34-35, pp. 773-774 (sans se prononcer sur la responsabilité civile) : cette prérogative permettrait au Conseil d'État d'affiner la balance d'intérêts ayant justifié le maintien en réduisant l'indemnité lorsque celui-ci aura profité au requérant.

<sup>193</sup> Dans ce sens pourtant, J. THEUNIS, in M. VAN DAMME (dir.), *op. cit.*, 2014, n° 37, pp. 122-123 sur le fondement des travaux préparatoires cités ci-dessous (une manière de faire avaler la pilule au requérant).

<sup>194</sup> Projet de loi, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 53-3233/004, pp. 22-23.

<sup>195</sup> Instance spécialement créée à l'époque pour traduire les accords institutionnels en textes de loi.

<sup>196</sup> La référence à la boucle administrative renvoie au principe selon lequel l'indemnité réparatrice peut être allouée dans ce cas, comme indiqué dans les travaux préparatoires.

pourrait (devrait) alors en aller de même avec l'indemnité judiciaire, *a fortiori* si le maintien d'effets peut être décidé par le pouvoir judiciaire également, fût-ce sans disposition légale spécifique l'y autorisant.

51. À l'évidence, il n'est pas exclu qu'une nouvelle controverse oppose le Conseil d'État et les juridictions judiciaires dès lors qu'ils décideront séparément de la portée du maintien d'effet(s) sur la réparation, sous réserve de l'intervention éventuelle de la Cour constitutionnelle, le cas échéant, pour les départager.

Avec le recul, toutefois, ils pourraient tout aussi bien se rejoindre dans un intérêt commun dès lors que désormais le Conseil d'État est également concerné par le droit à réparation. Refuser la réparation en cas de maintien d'effet(s) reviendrait à maximaliser son pouvoir tiré de l'article 14<sup>ter</sup> mais à diminuer celui tiré de l'article 11<sup>bis</sup> des lois coordonnées. La tolérer lui permettrait d'équilibrer ses pouvoirs sachant qu'en toute hypothèse le pouvoir judiciaire, lui aussi, pourrait en venir à manier l'arme du maintien d'effet(s) avec, par définition, autorité légale et non seulement autorité relative de la chose jugée.

52. Pour le reste, il va de soi que les circonstances exceptionnelles ayant justifié le maintien d'effet(s) devront être prises en compte dans la détermination de l'indemnité réparatrice<sup>197</sup>, le cas échéant, sous réserve de l'intérêt servi par le maintien et de l'hypothèse éventuelle d'un *ouvert*.

À noter enfin que selon les travaux préparatoires « [u]ne partie obtient gain de cause (...), notamment, (...) si les effets de son acte sont maintenus en application de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées », comme en cas de retrait fondé sur une irrégularité constatée lors de la procédure au Conseil d'État, d'application de la boucle administrative pour corriger l'acte ou si le Conseil d'État est amené à statuer sur les effets en droit privé d'une annulation : elle a donc droit à la répétibilité des honoraires de son avocat conformément aux nouvelles dispositions en la matière<sup>198</sup>, de même qu'au remboursement des frais de justice en vertu de l'article 68, alinéa 5, du Règlement de procédure<sup>199</sup>.

## VII. CONCLUSION

53. Le titre de la présente contribution posait une question, prétexte à l'étude du maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels par la réforme du Conseil d'État de 2014. Le mécanisme relève-t-il de l'acharnement thérapeutique ou du soin palliatif lorsqu'il est pratiqué par le Conseil d'État au chevet de l'acte administratif illégal normalement voué à l'euthanasie ou la mort par annulation ? La réponse dépendra probablement de la manière dont il sera pratiqué et il est trop tôt pour se prononcer à cet égard en l'absence d'un nombre suffisant d'arrêts, à l'heure actuelle et depuis la réforme, recourant concrètement audit mécanisme. À première vue, l'on peut néanmoins avancer que le maintien d'effet(s) s'apparente davantage à un acharnement puisque l'acte est déjà perdu lorsqu'il y est recouru – il doit avoir été annulé pour en bénéficier<sup>200</sup> – et que l'on maintient en vie artificiellement tout ou partie de ses effets au motif qu'un tel maintien serait en quelque sorte « vital » compte tenu des circonstances de l'espèce<sup>201</sup>. Il n'est pas à proprement parler un soin palliatif puisque l'acte est annulé. En même temps, il « atténue les symptômes d'une maladie sans agir sur sa cause »<sup>202</sup>. Il ne sera thérapeutique que s'il donne le temps à l'autorité compétente de remédier à l'illégalité par un nouvel acte, quant à lui légal, et susceptible de remédier à la situation, au besoin avec effet rétroactif. Il se situe donc d'une certaine manière entre l'acharnement thérapeutique – dont il est plus proche – et le soin palliatif.

54. À l'heure actuelle, il est trop tôt pour évaluer le nouveau dispositif et apprécier s'il était opportun, d'une part, de l'étendre aux actes individuels ou encore, d'autre part, de prévoir des garanties qui, pour certaines, existaient déjà dans la jurisprudence du Conseil d'État sous l'ancienne version pourtant moins contraignante. Il est certain en revanche que l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées aura un impact sur la pratique du Conseil d'État en la matière. Il est aujourd'hui contraint de respecter des critères et des formes dont celle de mentionner les motifs de droit et de fait justifiant sa décision sur ce point. Il est aussi expressément

<sup>200</sup> Selon l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

<sup>201</sup> L'acharnement thérapeutique, dans le domaine médical, désigne l'« utilisation systématique de tous les moyens médicaux pour garder en vie quelqu'un qui est perdu » (*Le Petit Robert*, 2016, p. 23). Il vise « l'emploi de thérapies exagérément lourdes pour le patient, disproportionnées par rapport à l'amélioration attendue. Le refus de cet acharnement pouvant conduire à la mort. Il pose le problème du conflit entre la liberté du patient et les convictions, voire les intérêts financiers, du corps médical » ([https://fr.wikipedia.org/wiki/Acharnement\\_th%C3%A9rapeutique](https://fr.wikipedia.org/wiki/Acharnement_th%C3%A9rapeutique) [novembre 2015]).

<sup>202</sup> *Le Petit Robert*, 2016, p. 1787. Il est souvent donné à des malades incurables, des personnes en fin de vie, selon une approche globale.

<sup>197</sup> B. GORS et L. VANSNICK, in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART, *op. cit.*, 2015, n° 129, pp. 603-604 ; D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, in M. PÂQUES et A.L. DURVIAUX (dir.), *op. cit.*, 2015, p. 165, n° 83.

<sup>198</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 25. La section de législation du conseil d'État avait demandé des précisions sur ce point en complétant le commentaire ou en adaptant le dispositif.

<sup>199</sup> « En tout état de cause, l'ensemble des dépens, liés tant à la demande de suspension qu'à la requête en annulation, sont mis à charge de la partie qui succombe au fond ».



invité à limiter le maintien aux seuls effets nécessaires à garantir la sécurité juridique.

Il reste par ailleurs des inconnues, dont la portée du maintien d'effet(s) en matière de responsabilité civile devant le pouvoir judiciaire ou sur l'indemnité réparatrice devant le Conseil d'État, mais aussi le maniement du maintien d'effet(s) par les autorités administratives et notamment par les autorités de tutelle dans le cadre de leur contrôle de légalité et parfois d'opportunité, sachant que les décisions qui seraient prises seraient des décisions administratives susceptibles de recours devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Les autorités de tutelle pratiquent déjà le refus d'application en vertu de l'article 159 de la Constitution alors que, littéralement, les termes de la disposition constitutionnelle ne les y autorisent guère<sup>203</sup>. Ne pourraient-elles à leur tour invoquer les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime pour fonder une pratique en la matière, sous le contrôle *a posteriori* mais non moins vigilant du Conseil d'État ?

Le maintien d'effet(s) d'un acte illégal existait déjà en jurisprudence à travers la théorie du fonctionnaire de fait, celle du service fait, celle du maintien des droits acquis ou de l'intangibilité des actes individuels définitifs mais avec des conditions variables ne permettant pas toutes les possibilités du mécanisme étudié<sup>204</sup>. Il n'était pas totalement inconnu en législation, avec depuis peu

le maintien des effets d'un marché conclu illégalement pour raisons impérieuses d'intérêt général<sup>205</sup>, la durée du marché pouvant être abrégée ou une pénalité financière imposée à l'autorité adjudicatrice, le cas échéant. Probablement la sécurité juridique n'a-t-elle pas encore livré tous ses secrets dans un monde où le pragmatisme et l'efficacité conduisent à plus de réalisme que ne l'impose le principe de légalité dans une conception absolue. Son encadrement démocratique est cependant primordial sous peine de mener à un « coup d'État juridictionnel » problématique.

55. Jean Giraudoux a écrit que « [l]e droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ». Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé en est une belle illustration, paroxysme de la fiction juridique qui ne porte même plus sur la réalité mais déjà sur une fiction, celle de l'annulation. Une fiction au carré, en quelque sorte, qui promet à la fois imagination et innovation dans le chef des plaideurs et des juges au gré des nécessités et des circonstances et qui pourrait confronter les juges à la résolution de paradoxes temporels particulièrement complexes provoqués par ses interventions dans le *continuum* espace-temps. *Back to the future ?*

<sup>203</sup> Voy. R. VAN MELSEN, « Le champ d'application personnel du contrôle de légalité incident », pp. 23-99. Voy. toutefois la jurisprudence évoquée *supra*, n° 24. Plus généralement, l'autorité administrative ne tempère-t-elle pas déjà la légalité lorsqu'elle invoque la continuité du service public ou les théories du fonctionnaire de fait ou du service fait ?

<sup>204</sup> Par exemple, la théorie du fonctionnaire de fait ne couvre que les actes passés en cas d'annulation, moyennant des conditions d'apparence et de bonne foi, et point la nomination elle-même.

<sup>205</sup> Articles 20 et 22, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Il est précisé que « l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées. Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets ».